رابعة الموجودة

القطعة الرابعة من الكفاية

ع ٣٢

آيا صوفيه

١٢٦٨

نصر من الله وفتح قريب

بسم الله الرحمن الرحيم

يحيى

لله ... قلوب ...

يا حامل الهم ... البلوى

والله ما الله ... فقد

الامور ولن ... امور ... صعاب

لا تتعب ...

قبل ...

الجزء السابع من كفاية النبيه

في شرح التنبيه

تصنيف الشيخ الامام العلامة العالم العلامة

مفتي المسلمين صدر المدرسين نجم الدين

ابي العباس احمد بن علي بن الرفعة الانصاري

لطف الله به وغفر له

الجزء السابع من كفاية النبيه



١٧٦٨

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الاعظم والخاقان المعظم مالك البر والبحر خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد ... اعظم الله تعالى اجره يوم التناد ... شيخ زاده المفتش باوقاف الحرمين غفر لهما



من كتب عبد الله الفقير ...

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم يسر واعن وصلى الله على سيدنا محمد واله

كتاب الصلح

الصلح والاصلاح والمصالحة قطع المنازعة
ماخوذ من قولهم صلح الشي بفتح اللام وضمها اذا كمل وهو خلاف الفساد وهو في
عرف الشرع معاقدة يتوصل بها الى الاصلاح بين المتخاصمين وهو يتنوع انواعا صلح بين
المسلمين والمشركين وصلح بين الامام والفئة الباغية وصلح بين الزوجين اذا وجد الشقاق
او خوف من الزوج اعراضا وخافت النشوز وصلح في المعاملات وا والذي ذكر بعد الباب لاجله
ولا ينفع في الغالب الا على انحطاط رتبته الى ما دونها للوقوع بعض الغرض وسمي الجنة مصالحة
وصلاحا بكسر الصاد ذكره الجوهري وغيره قال وهو يذكر ويونث وقد اصطلحا وتصالحا واصالحا
والاصل في جوازه من الكتاب ايات منها قوله تعالى لا خير في كثير من نجواهم الى اخرها ومن السنة
ما روى ابو هريرة وعمرو بن عوف المزني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين
الا صلحا احل حراما او حرم حلالا واراد بالاول ان يصالح على دراهم باكثر منها او بدنانير موجلة او
خمرا او خنزير ونحو ذلك وبالثاني ان يصالح زوجته على ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها او لا
ينصرف في المال المصالح به ونحو ذلك وفي حافظ الخبر نزاع عمر قبل و[illegible] المشهور وان
الشافعي احكام عمر كانت صلحا وقد اجمع المسلمون على جواز الصلح ومشروعيته واختلف اصحابنا
في انه رخصة لا يستفاد من جهله محظورا ومشى وقيل انه لكونه اصلا برأسه على وجهين
احدهما الاول منهما ابن ابي هريرة وهو ظاهر قول ابي اسحق المروزي والثاني ابو الطيب
بن سلمة ولهذا الاختلاف اثران احدهما ان قوله عليه السلام الصلح جائز الى اخره هل
هو مجمل او عام فمن قال بالاول قال انه مجمل ومن قال بالثاني قال انه عام والاثر
الثاني ياتي في الكتاب والذي جزم به الشيخ ابو حامد والقاضي ابو الطيب وابن
الصباغ انه ليس اصلا بنفسه وانما هو فرع لغيره ويتبعه حكم ما هو فرع له ٥

قال الصلح بيع لوجود معنى البيع فيه هنا اوجه فان قيل الشيخ حصر
الصلح في كونه بيعا وقد حكى عن الشيخ ابي حامد ان الصلح ثلاثة انواع جاحد جزم به واراه
المحاملي والشيخ صلح هو بيع وصلح هو ابرا وصلح هو هبة فكيف يحسن من الشيخ مخالفته

والمنفية

والمنفية نقض تعليقه قلت الجواب ان المحكي عن الشيخ ابي حامد تصوير صلح الابرا بما اذا
كان له عند زيد الف وهو مقر بها فقال اعطني خمس مائة وابراتك من خمس مائة وصلح الهبة
بما اذا كان له عنده عينان او عين واحدة فقال اعطني احداهما او بعض العين ووهبتك
الباقي وانه جزم بالبطلان فيما اذا قال صالحتك من الالف على خمس مائة ومن العين على احداهما
او بعض العين الواحدة كما حكاه ابن الصباغ هنا وان كان في باب خيار المجلس وقد [illegible] فيهما
قاله ابو حامد ولما نظر الشيخ في ذلك ووجد ما قاله من تصوير صلح الابرا والهبة خارجا
عن حقيقته اذ لم يات فيهما لفظ الصلح وان حقيقته فيهما ان يصالح من الالف على خمس
مائة ومن العينين على احداهما ومن العين على بعضها وقد جزم في هاتين الصورتين بالمنع
واعرض عن ذكرهما لتناقض الكلام فيهما واقتصر على ذكر كونه بيعا لكون هذا الكتاب مختصرا
من تعليقه والبيع الذي ضربه الصلح يشمل بيع الدين والعين والمنفعة وقد حكى في المهذب وجهين
ان الصلح بيع بالتفسير الذي ذكرناه لعين الاخير لا يصح فيما علاه او يتنوع الى ذلك والى
كونه ابرا وهبة وعارية حتى يصح بجميع هذه العقود والذي جزم به القاضي ابو الطيب وحكاه
في المرشد وحكاه ابن الصباغ وعن الثاني حكى ابن الصباغ وعن الثاني حكى ابن الصباغ
ان ابا الطيب ذكر في صورة الابرا ما يقتضي موافقة الشيخ ابي حامد في عدم الصحة
وانه قال في موضع اخر بالصحة فيها وان غيره حكاه والاول وهو ما اختاره الشيخ
في هذا الكتاب موافقا لما حكاه الماوردي لكن الشافعي نص على ان الصلح من الدار على
سكناها لا يصح ثم من صور الصلح الذي هو بيع ان يكون له في يد غيره عين او في ذمته دين فيصو
لده يصالحه على ما يتفقان عليه من عين سوا كان عينا او دينا او منفعة لكنه اذا وقع
على منفعة كان اجارة وصورة الصلح الذي هو ابرا ان يصالحه على ان يسقط بعض الدين
ويدفع اليه الباقي وصورة الصلح الذي هو هبة ان يدعي عليه عينا فيصالحه على بعضها
ويكون الباقي هبة وصورة الصلح الذي هو عارية ان يصالحه من الدار على سكناها شهرا
مثلا فله ان يرجع فيها وسياتي بعض هذه المسائل في الكتاب واعلم ان كثيرا من
الطلبة يسالون عن المعنى الذي لاجله قال الشيخ في التنبيه انه صنف من البيع

معناه ان

وقال هنا ان الصلح بيع ولذلك قال في الاجارة وقد قيل في السلم لما كان لا ينعقد به
الا بيع خاص وموضع الدين حسن تسميته صنفا منه والصلح لما انعقد به بيع ما
في الذمة وبيع العين وكذلك الاجارة لما صح ورودها على ما في الذمة وعلى العين حسن
تسميتها وقد يقال ان لفظ الصفقة والبيع اذا اطلق به منكرا منفردا كان لان الصفقة
واحد الجنس وكذلك البيع اذا اطلق به منكرا كان واحد الجنس ايضا فلا فرق بينهما والتغاير
في اللفظ من اساليب البلاغة ويعضده ان الامام حكى عن اهل الادب عن الشافعي انه
قال الاجارة صنف من البيع **قال** يصح ممن يصح منه البيع و... فيه ما يثبت
في البيع من خيار المجلس وخيار الشرط اي اذا لم يكن ثم ما يمنعه كما تقدم في البيع **قال**
والرد بالعيب اي وما في الاحكام من التحالف والاستيفاء وثبوت الشفعة وغير ذلك
تحقيقا لمعنى البيع **قال** ولا يجوز على ما لا يجوز عليه البيع من المجهول وغيره اي
مما هو مذكور في الابواب السابقة للمعنى الذي ذكرناه واعلم ان الشيخ نبه بقوله
يصح ممن يصح منه البيع على امرين احدهما انه لا يصح ممن لا يصح منه البيع الثاني انه يصح
وان لم يتقدم بينه وبين المشتري مخاصمة اذ يصح منه البيع في هذه الحالة وقد حكي عن الشيخ
ابي محمد رواية وجه في هذه الصورة انه لا يصح معا ان الصلح من غير سبق منازعة غير مستعمل
ونقله الرافعي اظهر بما قال وهو مفروض فيما اذا لم يسبقا او احدهما ... اما اذا اتيا
به البيع فانه يصح ... بلا شك ويكون على الخلاف المشهور في انعقاد البيع بالكنايات
ونبه بقوله فلا يجوز الصلح على ما لا يجوز عليه البيع الى اخره على انه يصح في ما يصح عليه البيع اذ
لو لم يكن هذا المراد لما كان لتخصيص المذكور ما ذكرناه ... وهذا هو الصحيح وما روي عن
صاحب التلخيص من ... صحة الصلح على ارش الموضحة اذا علما قدره وانه مع صحة بيعه فقد خالفه
فيه المعظم وان حمل الغزالي الخلاف(?) المخالف له الشيخ ابا علي وقالوا ان كان الارش مجهولا
كالحكومة التي لم تقدر بعد لم يصح الصلح عنه ولا بيعه وان كان معلوم القدر والصفة
كالدراهم اذا انضبطت في الحكومة جاز الصلح عنها وجاز بيعها ممن عليه لو كان معلوم
القدر دون الصفة على الحد المعتبر في السلم كالابل الواجبة في الذمة ففيه خلاف ... الاعتياض

عنها

3

عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعا وجهان وتعالى(?) قولان اظهرهما فيما ذكر الشيخ منع
البيع **قال** وان صالح من دين اي يجوز بيعه على عين او دين لم يجز ان يتفرقا من غير
قبض هذه المسألة قد مضى الكلام عليها في باب القراض ولنطالب منه وقد حكى المحاملي هنا وهو
الذي اختاره في المرشد انا لا نصح فيما اذا صالح على عين انه لا يشترط القبض كما حكيناه
ثم عن الغزالي وغيره **قال** وان صالح من الف على خمس مائة اي حالة وان صالح
من الالف الذي في ذمته على خمس مائة في ذمته وقبضها في المجلس لم يصح لانا قررنا ان
الصلح بيع وهو لو قال بعتك الالف بخمس مائة لم يصح ايضا فكذلك اذا كان بلفظ الصلح
وهذا ما حكى من قبل ان الشيخ ابا حامد جزم به **قال** وقيل يصح لان معنى
ذلك اعطني خمس مائة وابرأتك من خمس مائة وهو لو صرح بذلك صح كما سبق ذكره فكذلك
اذا اتى بلفظ الصلح وهذا ما جزم به القاضي الحسين في التعليق ورجحه الامام والرافعي
وابن الصباغ لما ذكرناه وقدح في علة الاول بان الصلح انما يكون بيعا اذا ذكر فيما يقتضي
معاوضة اما اذا ... لفظه ... فليس يصح لان الصلح انما معناه الاتفاق والرضى
والاتفاق قد يوجد في المعاوضة وغيرها وهذا كما ان لفظ التمليك اذا كان فيما طريقه
المعاوضة مثل ان تقول ملكتك هذا بهذا يكون بيعا واذا قال ملكتك هذا كان هبة
لكن ... الحاوي حكاية ما جزم به الشيخ وحكاه عن ابي اسحق المروزي
وما رجحه ابن الصباغ عن ابي الطيب بن سلمة وانهما بنيا ذلك على اختلافهما ان ...
او اصل بنفسه وابو اسحق قال هو فرع البيع فلا يصح وابو الطيب بناه على انه اصل
بنفسه وخرج على هذا هل يفتقر الى الايجاب بلفظ الابراء وجهان في التتمة فان قلنا انه
لا يفتقر وهو المشهور فهل يفتقر الى القبول بناه الامام وغيره على ان الابراء هل يفتقر
الى القبول ام لا والاصح ابدا لا يفتقر وان قلنا انه يفتقر فهو كذلك والا فوجهان
كالوجهين فيما اذا قال وهبتك ما لي عليك من دين لان اللفظ معناه التمليك فيبنى على
في وضعه القبول وبهذه العلة جعل الرافعي وجه الاشتراط اظهر اما لو قال صالحتك
عن الالف الذي في ذمتك على هذه الخمس مائة فقد ادعى بعضهم جريان الخلاف السابق في هذه

الصورة ايضا وهو ما صححه المتولي وقال الامام والقاضي الحسين في تعليقه الاصح فيها البطلان
ويبقى الالف بحاله وان اللفظ الذي جاء به مع المعين صحيح في غرض المعاوضة وبيع الالف بخمس
مائة باطل ويجري الخلاف الذي حكاه الشيخ واصله فيما اذا اقر بعين ثم قال صالحني على نصفها كما
حكاه من قبل لان بيع الشي ببعضه باطل لكن يجي قول الصحة وهو الاصح عند الامام وابن الصباغ
والرافعي لا بد من وجود شرايط الهبة فيها واجلا **فرع** لو كان له في ذمته الف درهم وخمسين
دينارا فصالحه منها على الف درهم حينئذ لا يصح لانه مرتبا على مد عجوة بخلاف الاولى لانه يجعل قابضا
للالف ومعتاضا عن الخمسين دينارا الف درهم وقال القاضي الحسين لا يصح في هذه الصورة ايضا
من لا بد على معنى المعاوضة وهو الذي يقتضيه طريقة الشيخ ابي حامد ويجري الخلاف فيما لو كان
له عنده صاع حنطة وصاع شعير فصالحه على صاع حنطة او شعير كما صرح به القاضي الحسين
في التعليق **قال** وان قال اعطني خمس مائة وابرئك من خمس مائة جاز لانه ابراه عن
بعض حقه واخذ بعضه ولا منافاة في ذلك وقد استدل له بما روى مسلم وابو داود وغيرهما
ان كعب بن مالك تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى
كشف عن سجف حجرته ونادى يا كعب قال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من
دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قم فاقضه وهل
يشترط قبض الخمس مائة الاخرى في المجلس الذي يقتضيه كلام الماوردي لا لانه قال لو ادعى
عليه الفا فاقر بها ثم صالحه منها على خمس مائة وابراه من الباقي وكان ما صالحه عليه من الخمس
مائة مستحقا فالصلح صحيح والابرا لازم ويرجع على المقر بدل ما استحق من يده **فلو**
لو كان القبض شرطا لما برئ في هذه الصورة لان قبض المستحق لا قبض ولا يليه لو وقع
مثل ذلك في الصرف وراس مال السلم ويعضد ذلك ما قاله المتولي في المسالة وهل هذه
اما اذا صححنا العقد فيها لا يشترط قبض الخمس مائة في المجلس لانا لم نجعل لهذا العقد
حكم المعاوضة بل جعلناه ابرا وذلك في مسالتنا من طريق الاولى وفي الجيلي ان من
شرط صحة الابرا قبض الباقي في المجلس انه هل يفتقر الى القبول فيها على قولنا ان الابرا لا
يفتقر

يفتقر الى القبول فيه وجهان وفي الزيادات لابي عاصم العبادي انه اذا اسقط من الف
الخمس مائة كان في المسالة وجهان احدهما يعود الدين والثاني لا يعود بناء على ان
الابرا هل يفتقر الى القبول فان قلنا يفتقر اليه فامتناعه رد للقبول حكما فلم يسقط الدين
وان قلنا لا يفتقر الى القبول فالدين ساقط والحكم فيما لو كان للمدعي عينا فاقر بها ثم قال
اعطني نصفها ووهبت لك الباقي كما ذكرناه لكن يشترط في النصف الموهوب استكمال
شرايط الهبة **فرع** لو قال ابرائك عن الخمس مائة على ان تدفع الي الخمس مائة الباقية
لم يصح لانه ترك بعض حقه لياخذ البعض وليس يجوز ان يبيع بعض حقه ببعض كذا
قال المحاملي ثم قال ومن اصحابنا من غلط فقال بجواز ذلك **قال** وان ادعى عليه
مالا فانكره ثم صالح منه اي من المدعى عليه على شي لم يجز من المدعي او عين لم يصح الصلح
لقوله عليه السلام الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وهذا احل الحرام وحرم الحلال لانه
ان كان المدعي كاذبا فقد استحل من المدعى عليه ماله وهو حرام وان كان صادقا فقد حرم عليه
ماله الحلال ولانه اخذ عوض الصلح ولم يصح الصلح عليه مع عدم ثبوت ملكه كما لو عقد ما سما على
العوض المصالح عليه وهذا ما ذهب اليه العراقيون وقالوا لو صح بعد وقوع هذا الصلح
الابرا عن الباقي لم يصح وفي ابن يونس وحلية الشاشي حكاية وجه في صحته وقد وافق
المراوزة العراقيين في مسلتين وخالفوهم في مسلتين فاحدى الاوليين اذا صالح على غير المدعى
والثانية ان يدعي عليه الفا في ذمته ثم يصالحه على خمس مائة في الذمة فان قيل قد حكيتم فيما لو جرى
مثل هذا الصلح مع الاعتراف بالالف ان الصلح صحيح وهو معنى الابرا وانه لا يفتقر الى
القبول على راي فيبتني على هذا الراي ان يبرا ذمة المدعى عليه من القدر الذي حصل منه
الابرا حتى لو قامت عليه بينة بعد ذلك بالالف لا يطالب الا بخمس مائة كما لو صرح بالبراءة
من الالف الذي انكره قلنا لا يفتقر الى القبول فالجواب عنه من وجهين احدهما ما
قاله الماوردي وغيره ان الابرا في هذه الصورة مقرون بتمليك ما صالح به فلما لم يلزمه رده لعدم
ملكه بطل ابراؤه لعدم صحته كمن باع عبدا بعبد فاسدا فان لم يسلمه في عتقه فاعتقه
المشتري بانه لم ينفذ والثاني لو جد فيما حكاه الجيلي من قبل انه من شرط الابرا عن

لجسمايه في حال الاعراق قبض الخمس مايه الاخرى وقد اسقط الشرط هنا فلا جرم اسقت
صحه البراه واحرى انما يجيز ان يصالح من العين على بعضها فهي صحه الصلح على قولنا بالصحه
في حال الاقرار وجهان اصحهما وبه قال القفال نعم لان المتعاقدين متوافقان بعد العقد على
ان النصف مستحق للمدعي والنصف الاخر للمدعى عليه لان المدعي يزعم انه يملك الجميع وانه وهب
النصف المدعى عليه هبه والمدعى يزعم مثل ذلك والاختلاف في جهه ملك العين لا يقدح
في الاستحقاق والثاني لا لما لو كان بيد غير المدعي ولان الدافع والقابض لو اختلفا في الجهه
كان القول قول الدافع واذا كان كذلك فالدافع يقول انما بذلت النصف لدفع الاذى حتى
لا يرفعني الى القاضي ولا يقيم علي بينه والثانيه اذا ادعى عليه الفا فصالحه على خمس مايه معينه
فهو مبني على المسله قبلها فان منعنا ثم فهاهنا اولى والا فوجهان احدهما ان الحكم كذلك وبعد
وكان المدعى عليه وهبه الخمس مايه بزعمه والمدعي بعضها لانها من حقه وانه ابراه من الباقي
والثاني لا والفرق ان ما في الذمه ليس كالعين وفي الصلح عليه معنى المعاوضه ولا يمكن
تصحيحه معاوضه مع التجاحد بالاتفاق ان يدعي عليه دينا مبلغه الف مثلا او عينا
فيسكت ثم يقول صالحني او صالحني عن دعواك الكاذبه ولو قال صالحني عن الالف او العين
فالحكم كذلك عند العراقيين وكذا عند المراوزه على الاصح وعلى وجه يجعل بذلك مقرا
فيصح الصلح الواقع بعد صالحني على الاقرار ولو قال بعني او هبني او ارهني فهو اقرار عند المراوزه
والقاضي ابي الطيب كما لو قال ملكني وهو الذي صححه ابن الصباغ وجزم به وقال الشيخ
ابو حامد هو كما لو قال صالحني ولو قال ابرني واعرني ففيه خلاف مرتب واولى بان لا يكون
اقرارا وهو الذي جعله في الاشراف في مسله الاجاره [illegible] اقتبس ولو قال ابرني من
الدين كان اقرارا ولو قال ابرني من المال فكذلك على الاصح وفي الاشراف ان ابن القاص حكى
عن بعض اصحابنا انه ليس باقرار لان الله تعالى قال فبراه الله مما قالوا وموسى لم يكن ادر [illegible]
عن عيب الادر ولم يقتض اثبات الادره قال وان صالح عنه اي عن المدعى عليه
اجنبي فان كان المدعى دينا جاز الصلح اي بعد قول الاجنبي للمدعي وكلني بالصلح لانه ان كان وكيلا
فالتوكيل في وفا الدين جايز وان كان غيره فقد قضى دين غيره بغير اذنه وذلك جايز

لما

5

لما ادى ان عليه وانا قضاه فقضيا دينا عن الميت وفي الحاوي حكايه وجه انه لا بد مع اعتراف
الاجنبي بالحق ان يقول وقد اقر عندي به ثم هل للاجنبي ان يرجع على المدعى عليه ينظر
ان كان المدفوع من مال المدعى عليه باذنه فلا وان كان من مال الاجنبي فان كان قد صالح
باذنه وادى باذنه مع شرط الرجوع نعم وان صالح وادى بغير الاذن فلا رجوع وان صالح
بالاذن وادى بغير الاذن فلا رجوع له جزم به المحاملي والقاضي ابو الطيب وقاساه على
ما اذا وكل وكيلا في شرا شي فاشتراه ووزن الثمن وسنذكر فيه كلاما في باب الضمان وفي
التتمه جزم بمثله هنا وحكى الشيخ الرجوع في هذه الصوره وجهين كالوجهين فيما اذا صالح بالاذن
وادى بغير الاذن ولو صالح بالاذن وادى بالاذن ولم يشترط الرجوع فالجمهور على انه يرجع وبه
جزم ابن الصباغ وغيره وحكى الماوردي فيه وجهين ثم لا فرق فيما ذكرناه بين ان يصالح الاجنبي بغير
الاذن من مال نفسه على جنس المال او على عين كما صرح به المحاملي وابو الطيب وحكى الامام
والقاضي الحسين فيما اذا صالح على جنس المدعى به وجها ان الصلح لا يصح كما في العين وقال الامام
انه بعيد وعلى الاصح لو صالح على غير جنس المدعى به هل يصح فيه وجهان حكاهما هنا وقال ان
الاظهر منهما الصحه وهو ما قال في اواخر باب الرهن انه المذهب وعلى هذا اذا كان في صوره
ثبت له الرجوع فيها ان كان المصالح به اكثر من المدعى به لم يرجع بالقدر الزايد وان كان مثله
رجع به وان كان دونه فوجهان احدهما يرجع بقيمه ما بذله والثاني بقدر الدين فرع لو
صالح الاجنبي عن الدين لنفسه قال الامام وغيره هو على الخلاف في بيع الدين من غير من هو عليه وحكى
غيرهم فيه طريقين احدهما وبه قطع ابن الصباغ بطلانه وقال المحاملي انه المذهب لا يصح لانه اشترى
ما لا يقدر على قبضه والثاني حكايه وجهين فيه وهذا ما حكاه الشيخ في المهذب وابو الطيب في تعليقه
ومقتضاه ان يكون الاظهر منهما عند الشيخ الصحه لانه قال ان الاظهر صحه بيع الدين من غير من
هو عليه وقد قال المحاملي ان الذي يبنى على هذا ينبغي ان يشترط في صحه العقد اعتراف المشتري
بقدرته على الانتزاع [illegible] اخر اذا صالح مع الاجنبي على عين ثم جحد الاجنبي
وحلف هل يعود الى من كان الدين عليه قال القاضي الحسين نعم وينفسخ الصلح وعن حكايه ابي عاصم
انه لا يعود وكذا حكاه في الرافعي في كتاب الحواله قال وان كان هنا لم يحتج

يقول هو لك وقد وكلني في مصالحتك بهذه المسألة مبني على أصل وهو أن الأجنبي لو صالح الغير
إذن هل يصح فيه خلاف بين الأصحاب فالذي ذهب إليه الإصطخري وأبو الطيب بن سلمة أنه
لا يصح وعلى هذا لو أذن له في الصلح هل يكفي أم لا بد من إقرار المدعى عليه عند الوكيل بأن العين ملك المدعي
فيه وجهان أصحهما في الحاوي الأول والذي ذهب إليه ابن سريج وأبو علي الطبري وأبو حامد فيما
إذا صالح بغير الإذن الصحة عزاه إلى مسألة الكتاب فإن قلنا بقول أبي سعيد الإصطخري وأبيه
فلا صلح مع الإذن إلى الإقرار فيكفي الوكيل أن يقول هو لك وقد وكلني في مصالحتك عنه وبه قاله الشيخ
وبه جزم القاضي أبو الطيب في تعليقه ووجهه أن العين ما تعاقد المتعاقدان على ما يجوز العقد
عليه وقد وجد ذلك فعلى هذا لو لم يكن قد وكله في الباطن لم يملك العين في الباطن وكانت للأجنبي المصالح
على أحد الوجهين وإن كان قد وكله نظر إن عين له العوض من ماله فذاك وإن لم يعين فهو في ذمته
فلو أداه الوكيل من مال نفسه فالحكم في الرجوع ما ذكرنا من قبل لأن المسألة يجري فيها من أهل الصورة
فيما إذا أدى بغير الإذن فإنه لا يرجع وإن قال له صالح على ذلك سوية هذا ففعل فهل يصح فيه
وجهان وإذا صح فهو قرض للثوب أو هبة فيه وجهان حكاهما الطبري هما من قبل وفي المسائل [illegible]
حكاه عن أبي إسحاق أن الوكالة لا تجوز في الباطن مع الاتحاد في الظاهر وقد يفهم من هذا عدم
صحة الوكالة والصلح كما قاله ابن يونس وصرح به كتابه وأشار إليه السبكي وصاحب المرشد
ويقال يبقى على هذا أن يكون الحكم كالوكيل قد وكله وقد يفهم أن المراد بعدم الجواز عدم الحل
لا عدم الصحة كما صرح به المتولي وبعضهم أن الله قلبي هذا القول عنه جزموا بالصحة وملك المدعي
للعين المدعاة في الباطن إذا كان قد وكله ولو كان المراد عدم الصحة لكان الحكم كالوكيل وقد وكله وأيضا
فإنه كان يحكي على وجه أنه لا يصح مصالحة الأجنبي أصلا لأنه لا يمكن أن يقول وكلني ومن قد لا يصح الوكالة
فيصير كأنه لم ينقل ذلك والطرق متفقة على صحة صلح الأجنبي والله أعلم وإن قلنا إنه لا بد مع الوكالة من
إقرار الموكل عند الوكيل فلا بد أن يقول الوكيل العين لك وقد أقر بها المدعى عليه ووكلني في مصالحتك
وهذا ما ادعى ابن يونس أن كلام الشيخ محمول عليه وهو الذي أورده ابن الصباغ والمحاملي وإن قلنا
بقول ابن سريج لم يحتج الأجنبي إلى أن يقول سوى هو لك ويملك المدعي العين في الباطن وليس
هذا بصحيح عند مجموع النقلة وقد يحصل من مجموع ما ذكرناه في الذي يقوله الأجنبي حتى يصح

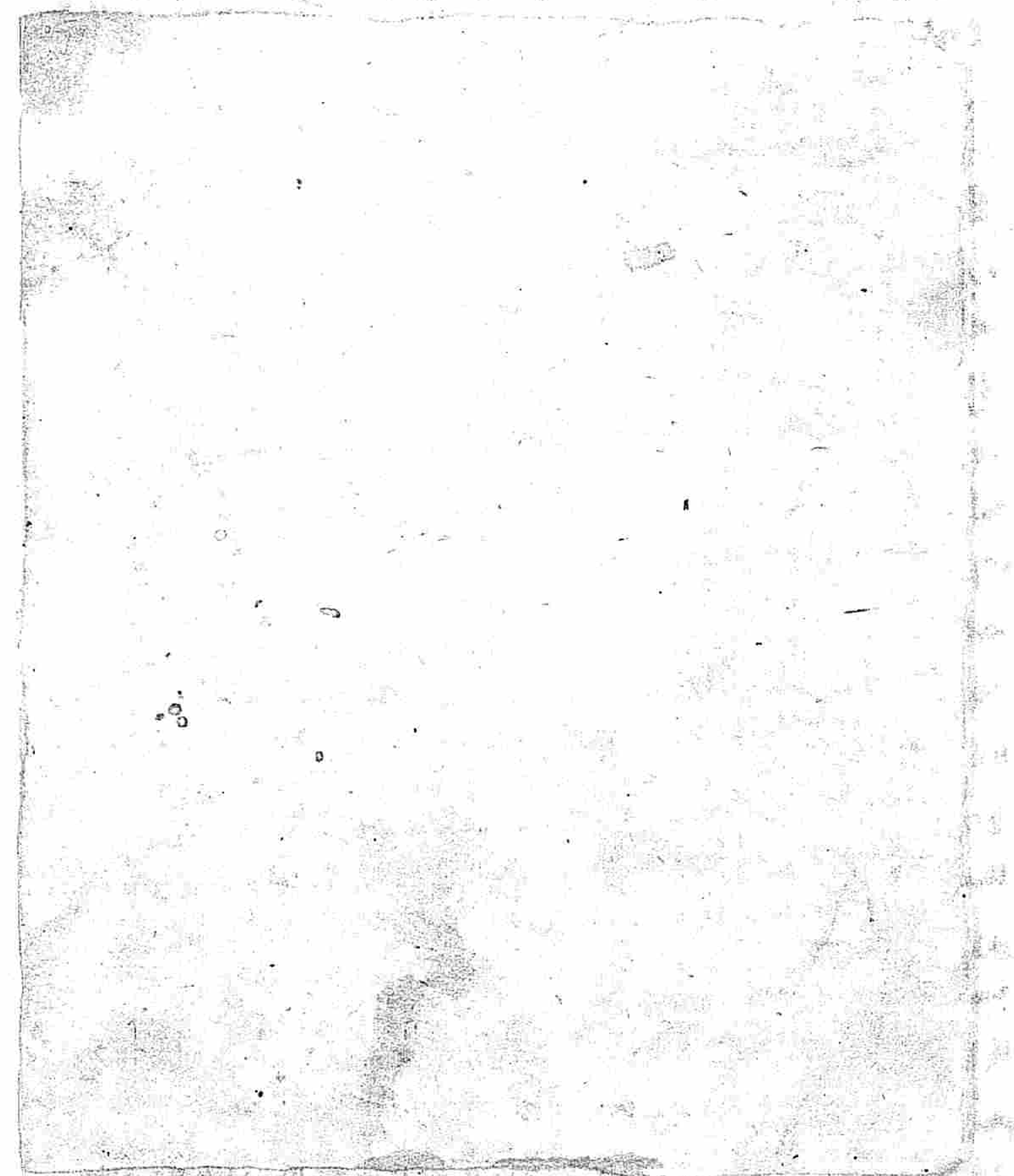
صلح

قوله تعالى إن هذان لساحران أحدها إن هذين بتشديد النون وهي واضحة والثانية
بتخفيف إن وهذان بالألف وتوجيهها إهمال إن كما هو الأكثر إذا خففت ورفع ما بعدها بالابتدا
والخبر كقوله تعالى إن كل نفس لما عليها حافظ والثالثة إن بالتشديد هذان بالألف وتوجيهها لغة
بني الحارث وخثعم [illegible] وزبيد وكنانة وآخرين ومنه [illegible] أذناه طعنة وقد
بلغا في المجد غايتاها أو أن إن بمعنى نعم ومنه قول بعضهم لابن الزبير حين رده خائبا لعن الله
ناقة حملتني إليك فقال إن وراكبها أي نعم ولعن راكبها وما كان بهذا المعنى لا عمل له فما
بعدها مبتدأ وخبر أيضا واللام في لساحران داخلة على مبتدأ محذوف أي لهما ساحران
لأن لام الابتداء لا تدخل على خبر المبتدأ إلا شاذا كقوله أم الحليس لعجوز شهربة أو أن الأصل إنه
هذان لساحران فحذف ضمير الشأن الذي هو اسم إن وحذف المبتدأ الذي هو لهما ساحران كما
في قوله صلى الله عليه وسلم إن من أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون ومنه قولهم إن بك زيد
مأخوذ أو أنه لما ثني هذا الجمع احتج القال الفهد أو ألف المثنية فوجب حذف واحدة منهما
لالتقاء الساكنين من [illegible] علمت المثنية إلى [illegible] والمضمر ومن
[illegible] الأخرى لم تغير أو أنه لما كان الإعراب لا يظهر في الواحد جعل كذلك في المثنية ليكون
المثنى كالمفرد لأنه فرع عنه قاله أبو العباس أحمد [illegible] أن بناء المثنى المبني وإجراء أفصح من
إعرابه وأشار عن قوله تعالى إحدى ابنتي هاتين وربنا أرنا اللذين أضلانا فإن هاتين
إنما أعرب للمناسبة على اللغة فالإعراب هنا أفصح من الإعراب في إن هذان لساحران كما أن
البناء هناك أفصح منه هنا وأما الذي [illegible] اسم [illegible] فهو شبيه بالزيدين وهذه تثنية
اسم على حرفين فهو عريق في البناء [illegible] وقال إن عثمان قال إن في القرآن لحنا
وستقيمه العرب بألسنتها وهذا باطل لأن الصحابة كانوا يتسارعون إلى إنكار أدنى المنكرات
فكيف بهذا ولأن العرب كان تستقبح اللحن في كلامهم فكيف في المصحف ولأن المصحف الكريم يقف
عليه العربي وغيره وأن زيد بن ثابت أراد أن يكتب التابوه بالهاء على لغة الأنصار فمنع ورفع
إلى عثمان رضي الله عنه وأمر بكتبه على لغة قريش والخاتم عمر رضي الله عنه أن ابن مسعود قرأ
عتى حين أنكر عليه وأمره بالقراءة على لغة قريش فإنما أنزل بلغتهم لا بلغة هذيل ولذلك
ما روي من قول عائشة رضي الله عنها [illegible]

مطهر [illegible]

6

صلحه عليه بلا اذن وحده ولا خلاف انه لو قال الاجنبي لم يقر عندي ولا وكلني واما الان اصالحك انه لا
يصح كما حكاه الامام قلت وقال القائل بل بالوجه الاخير اشعر بعدم التصحيح بالمنافي وحمل الامر
على السقوط على ان الوكالة جرت في الباطن ثم على القول الاول والثاني يشترط ان لا يصدر من
المدعى عليه بعد اعتراف للاجنبي وقبل الصلح انكار فلو اعاد الانكار فانه عزل فسقط الوكالة
صرح به الامام وهو بنا على ان انكار الوكالة عزل كما ستعرفه ان شاء الله تعالى قال الموكل
وان قال اي الاجنبي هو لك فصالحني عنه على ان يكون لي فاني قادر على انتزاعه جاز شراء المغصوب ممن
يقدر على انتزاعه ونقل الامام عن شيخه انه كان يطلق القول بانه لا يجوز فان ظاهر الشرع قاض
بثبوت الملك للمدعى عليه وابتياع ملك الخصوم منه غير ممكن ثم قال والوجه ان يقال
ان كان الاجنبي كاذبا فالعقد باطل باطنا وفي مؤاخذته في الباطن لا لالتزام الخلاف المذهبي وان
كان صادقا حكم بصحة العقد باطنا ووجب القطع بالمطالبة فلا سبيل الى الانتزاع ظاهرا
قلت وقطعه بالمطالبة ظاهرا على القول باجبار المشتري على تسليم الثمن قبل قبض المبيع
اما اذا قلنا لا اجبار ففيه نظر واعلم ان صحة هذا الصلح مبني على القول بعدم اشتراط تقدم
المخاصمة اما اذا قلنا من شرط صحة العقد بلفظ الصلح تقدم المخاصمة فهنا احتمال من حيث
ان المخاصمة صدرت في الجملة لكن من غير المصالح قال فان سلمه له انبرم اي لزم وتم
شراؤه المبيع اذا اتصل به القبض وان لم يسلمه اي لعجز عن اخذه رجع بما دفعه اي ان
اختار فسخ العقد لان المبيع لم يسلم له فيسلط على الفسخ واحتفظا بذلك عما اذا ابق
العبد المبيع قبل القبض فانه سبق ان البيع مفسوخ لا انه منفسخ وبالتسليم هو
وسنبينها ان شاء الله قال ويجوز ان يشرع الرجل جناحا الى طريق نافذ اذا كان لا
يستضر به المار لانه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك من غير اضرار فاشبه المشي في الطريق
والقعود في السوق والقياس على جواز اشراع الميزاب فانه صح انه عليه السلام نصب
ميزابا للعم العباس بيده وان عمر قلعه حين نقط عليه فلما قال له العباس ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم هو الذي وضعه حلف عمر ليصعدن على ظهره ثم العباس حتى اعاده موضعه ولاتفاق
اهل الامصار على ذلك من غير انكار ولا خلاف ان ذلك لا يضر ملاحاله حتى لو انهدم كان



لم يبالِ ان يخرج جناحا فوقه بحيث لا يضر بمن يمشي على الجناح الاول وان يشرع جناحا تحت
الاول بحيث لا يضر بالمارة ثم المرجع فيما يضر وما لا يضر الى حال الطريق فان كان للقوافل
والعوارس لا بد فيه فالمعتبر ان يرفعه بحيث يمر تحته العمارية والراكب منتصبا وعلى عنقه الى
عسك حربه من اصحابنا وعن ابن سريج حكاه الماوردي ان المعتبر ان يمر الراكب ورمحه منصوب
لانه ربما ازدحم الفرسان فيحتاجون الى نصب الرماح ومتى لم ينصبوها تاذى الناس بالرماح
وقد اتفق الكل فلو عم علام صحته وفي ايراد بعضهم ما يوهم حكايته هذا في كل طريق من غير فصل
ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يظلم الجناح الطريق ام لا كما صرح به القاضي ابو الطيب وابن
الصباغ وغيرهما وقال المتولي ان منع الضوء بالكلية منع منه وان لم يمنع منه بالكلية فلا قال
ولا يجوز ان يشرع الى درب غير نافذ الا باذن اهل الدرب لانه مملوك لهم وقد قال عليه
السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه وهو ما جزم به الماوردي واخرون القاضيان
ابو الطيب وابو حامد قال [illegible] وقيل يجوز اذا كان له فيه باب لان له حق الاستطراق
والدخول فجاز ان يشرع فيه كالشارع وهذا ما جزم به الشيخ ابو حامد ومن تابعه ورجحه
الاسفرايني وهو الذي حكاه الغزالي عن العراقيين وضعفه اما اذا لم يكن له باب فلمن كان ظهر داره
اليه فلا يجوز الا باذن اهل الدرب وجها واحدا صرح به القاضي ابو الطيب وغيره والبه
يرشد قول الشيخ ولا يجوز ان يشرع الى ملك غيره ويجوز ان يشرع بادنهم وان كان يضر
بالمارة وجها واحدا اللهم الا ان يكون فيه مسجد فان لكافة المسلمين الاستطراق اليه
فيلحق بالشارع اشار اليه الرافعي وقد حكى المراوزة طريقا اخر فقالوا الذين دورهم
اسفل من الدار التي يشرع فيها الجناح المنع بلا خلاف وان لم يضر والذين دورهم
اعلا من الدار المنع فيه وجهان وهذا مبني على ان استحقاق الاستطراق بجميع الدرب
ام يشترك كل واحد يختص بما بين راس السكة وباب داره ولا يخطاه وفيه
وجهان اظهرهما وهو الذي اورده ابن كج الثاني لان ذلك القدر هو محل تردده ومروره
وما عداه حكمه فيه حكم غير اهل السكة واعلم انه كما يجوز له ان يشرع الجناح الى
الشارع يجوز لمن له فيه دار ان يبني فيها ان يرتب عليها ساباطا ويجوز له ان يحفر فيه

سردابا

سردابا وينبغي ان يكون عليه ارضا يمر عليها المارة وبحكمه صرح به العراقيون وغيرهم قال
في بحر المذهب ويمثل هذا اجاب الاصحاب يعني في السرداب فيما اذا لم يكن الطريق نافذا
وغلط من قال بخلافه قال الرافعي وهذا اختيار منه لكونه في معنى الشوارع والطاهر
كلامه يعني انه لا يجوز الا باذن اهل الدرب وهذا ما ذكره العبادي في الزيادات ثم
قال وهل يشترط اذن اهل الدرب اذن المستاجر شرطا ان يعرف به فلا بد من
اذنه والا فلا يشترط قاله ابو الفضل التميمي فرع لو اذن صاحب الدار لانسان
في حفر سرداب تحت داره ثم ارادا بيعها قال العبادي كان للمشتري ان يرجع كما كان للبائع
قال [illegible] حكى الامام فيما يصير به الموضع شارعا طريقين احدهما ان يجعل انسان ملكه
شارعا ويسبله ويسبله والثاني ان يحيي جماعة خطة قرية ويتركوا مسلكا نافذا
بين الدروب والمساكن ويفتحوا اليه الابواب ثم حكى عن شيخه طريقا ثالثا وهو انه يصير
موضع من الموات جادة يطرقها الرفاق فلا يجوز تغييره وانه كان يتردد في مصير الطرق
التي يعرفها الخواص ويسلكونها وكل موات يجوز استطراقه ولكن لا يمنع من احيائه
وصرف الممر عنه فليس له حكم الشوارع [illegible] قوله يشرع جناحا هو بضم الياء
اي يخرجه والجناح الخارج من الخشب ماخوذ من جنح يجنح بفتح النون وضمها جنوحا
اذا مال واجنح يجنح واجنحه الدرب عربي وهو معروف وقال الجواليقي معرب واصل
المضيق في الجبال قال ولا يجوز ان يشرع الى ملك غيره اي بغير اذنه
للحديث السابق ولقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار ولانه لا يملك الاشراع
بالسفل فلا يملك الاشراع كما هو مالك له وهو الهوا قال
فان صالحه مالك عن ذلك بعوض لم يجز اي من غير اذنه في اصح القولين لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه على التصرف في سائر امواله والقول
الثاني وهو القديم انه يجوز من غير اذنه وليس له منعه لما روى مسلم عن ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع احدكم جاره ان يضع خشبه في جداره ثم قال ابو هريرة
ما لي اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واراد لارمين بهذه السنة
1

والرجوع العمل بها وهل لا يدخله حكم ذلك ولا يصح جذوع الدار على انها تكون وقصد
المبالغة كذا قاله القاضي الحسين في تعليقه والامام وان كان ذلك منه حسن ولو صح اوالمله
وعلى هذا اشترط في الجواز شروط احدها ان لا يكون مالك الجدار محتاجا الى وضع
جذوع عليه الثاني ان يكون الجذوع خفيفة لا تضر بالجدار الثالث ان لا يمكن
الجار ان يسقف بيته الا بالوضع عليه كما اذا كان له جدار واحد وارض ولجاره ثلاث جدر
فحكاه المنتصر نحو وغيره وفي النهاية على هذا وهل يشترط ان تكون الجوانب الثلث
للبيت لصاحب البيت وهو محتاج الى جانب رابع فاما اذا كان المحل للعمر ولا يضع الجذوع
ولا احداثها قال ومن اصحابنا من لم يشترط هذا الشرط الاخير واعتبر المحاملي
والمتولي في التتمة ما اعتبر الامام وحكى المتولي الوجهين فيما اذا لم يملك الا جانبا واحدا
او جانبين والجديد هو القول الاول والقائلون به حملوا حديث ابي هريرة على الاستحباب ومنهم
من حمله على ان الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع اجذاعه في حائطه وان كان الجار يتضرر
به لمنع ضوء او اشراف عليه قال في الاستقصا وهو المحقق في اللغة لان الكناية ترجع الى الاقرب
ولا نزاع في انه لو اراد ان يبني على راس الحائط ضيقا لم يجز كما صرح به القاضي ابو الطيب
وكلام ابن الصباغ مشير اليه واعلم ان ظاهر كلام الشيخ قوله من بعد ولا يجوز ان يصح
كوة الى اخره يقتضي ان محل القول القديم في وضع الجذوع فيما اذا لم يحتج الى فتح كوة في الحائط
ليدخل فيه الجذوع وليس كذلك بل هو جار في هذه الصورة ايضا كما صرح به الماوردي وابن الصباغ
وغيرهما ونزلوا بقيته وبين الكوة تسد بما ان راس الجذع يسد ما ينفتح لاجله ويفوت
به للحائط بخلاف الكوة قال فان صالحه عن ذلك بشيء جاز اذا كان ذلك معلوما
لانه بذل مال في مقابلة ما يقصد بالاعواض فصح كما في بيع الاعيان والمنافع وهذا من الشيخ
تفريع على الجديد والاشارة بذلك الى الجذوع وهي الاخشاب لانها التي سبق فيها المعقود
عليه فاشترط معرفتها كالصحيح قال ابن الصباغ ثم المعرفة تارة تحصل بالمشاهدة وتارة بالوصف فيقال ان
عددها وطولها وسمكها ودونها على ما حكاه القاضي ابو الطيب وموضعها من الحائط وقدر دخولها
فيه كما قاله الماوردي ثم هذا الصلح هل هو بيع لموضع راس الجذوع من الحائط ام لا ينظر فيه فان قدر

الانتفاع

الانتفاع به فلا نزاع في انه اجارة وان لم يقدر فوجهان احدهما انه بيع لموضع الجذوع حتى
لو انهدم الجدار ثم اعيد عاد حقه وجها واحدا وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن الشيخ ابي حامد
والماوردي عن ابي حامد المروزي والثاني لا لان صرح بلفظ البيع وهو ما صححه الرافعي لكن ما حكمه
فيه بلا نزاع الوجه احدها انه اجارة لا غاية لها وانما لم يشترط تقدير المدة لان العقد الوارد
على المنفعة يتبع فيه الحاجة فاذا اقتضت الحاجة التابيد أُبِّد على خلاف سائر الاجارات
والحق بالنكاح وهذا ما اختاره ابن الصباغ ورُدَّ على من قال انه بيع بان مقتضى البيع تمليك
الاعيان وههنا لم يملك بهذا العقد شيئا من الاعيان بدليل ان الحائط لو انهدم
كانت الالات له ولم يقل بهذا احد وايضا فان موضع الجذوع لو ملك خاصة لو قع هذا
القائل بما فيه منه فان موضع الوضع محله بقية الحائط الذي يعين ومالك المنفعة
استحقها الى غاية والثاني انه اجارة يعتبر فيها تقدير المدة والاصح بدونها وهذا ما
حكاه الماوردي فتحصل مع حكاية الوجه الصائر الى انه بيع ثلاثة اوجه وهو ما ادعى الرافعي
انه الظاهر انه ليس باجارة محضة ولكن فيه مشابهة الاجارة من ان المستحق به منفعة
ومشابهة البيع من جهة ان الاستحقاق فيه على التابيد فكان الشرع نظر الى ان اي جهة تمس
شوب الاستحقاق المؤبد في مرافق الاملاك وحقوقها منتسبة الى ثبوت استحقاق المؤبد
في الاعيان على قولنا انه اجارة لا يفتقر الى بيان المدة لو عقد هذا العقد بلفظ
الاجارة هل يصح من غير بيان المدة فيه وجهان احدهما ما اذا قلنا بالقول القديم فلا
يجوز له المصالحة على عوض قال الشيخ في المهذب وغيره من العراقيين والمراوزة لان من
وجب عليه لم يجز له ان يعتاض عنه [illegible] وقد حكى الغزالي في باب الاجارة فيما اذا
اسلمت امراة وليس ثم من يحسن الفاتحة الا واحد هل يجعل صداقها تعليمها الفاتحة على
الاصح من الوجهين مع ان ذلك واجب عليه فيحتمل ان يجري مثله هنا ويجوز للجار على هذا اذا انهدم الجدار
واعيد بعين النقض ان يعيد جذوعه او غيرها بالشرط المذكور وله ايضا اذا امتنع
صاحب الحائط من اعادته ان يعيده ويجوز لمالك الحائط ان يصالحه عن حقه في الوضع على عوض
ليسقط حقه من الوضع قال في المهذب وغيره لان ما جاز بيعه جاز بيعا في كسائر الاموال

قال في البحر وعندي لا يجوز اخذ العوض بحال لانه ابيح له ذلك للحاجة **فرع** اذا اشترى
علو بيت دون سفله صح وله ان ينتفع به في السكنى ونحوها وهل له ان يبني عليه فان شرطه
السمك وبين طول البيت وعرضه وارتفاعه وموضعه من السطح وآلته وكيفية البناء من تجويف
وغيره وكيفية السقف هل هو ازج او غيره صح واشترط بعض اصحابنا ان يذكر ذلك
قال المحاملي وهو معيب ويقوم مقام وصفها الآلة بعينها ولو شرط ان يبني عليه ما شاء فهو باطل
وان شرط البنا واطلق ففي الصحة الشرط وجهان احدهما انه يصح ويبني ما يحتمله لانه قد
يتقيد عند اهل الخبرة بالمعتاد المالوف والاصح البطلان وان باعها بشرط ان لا يبني
صح ولا يسوغ له البنا وان باعها ولم يتعرض لشرط البنا صح وهل له ان يبني فيه وجهان مع قوله
في الحاوي ولو اشترى موضعا للبنا على السطح صح باجماع الاصحاب خلافا للمزني وما ادعاه
من الخلاف فيه كما في مسالة الجذوع ... واجرا الجذوع جذع ويجمع في القلة على اجذاع
والجار المجاور يقال جاورته مجاورة وجوارا بكسر الجيم وضمها وتجاورا واجتوروا قال
وان صالح رجلا على ان يجري في ارضه او سطحه ماء بعوض وكان ذلك معلوما جاز لما
ذكرناه لكن هذا الصلح هل هو بيع للموضع المعين من الارض او للمنافع السطح على الابد او اجارة
قال الاصحاب يبطل قيده ان عقد بلفظ الاجارة ولهذا اذا وقع على اجرا ماء في ساقية في ارض المصالح
فيشترط في صحة ذلك ان تكون المدة معلومة والمجراة في مسالة الارض محفورة وقد عرف طولها
وعرضها وعمقها وفي مسالة السطح يعرف محل الصب وان يعرفا طول السطح الذي يجري عليه
الماء وعرضه وقوته لانه قد يحمل قليل الماء دون كثيره وان يعرفا قدر السطح المجاور له
الذي يجري منه الماء اليه فان المسالة مفروضة كما قاله الائمة فيما اذا صالحه ليجري ماء المطر
الذي يجتمع على سطحه من على السطح المصالح عليه وقلة الماء لا يمكن ضبطه فانه يزيد بكبر الموضع
الذي يقع فيه ويقل بصغره ويغني مع ذلك بيان الموضع الذي ينزل منه الماء من احد السطحين
الى الاخر وان اطلق العقد ولم يقيد بمدة وكان على سبيل ما في ارضه او على اجرا ماء سطحه اللفظة
على سطحه فظاهر كلام المحاملي وغيره يقتضي انه بيع في السطح كما صرحوا بانه بيع في الارض
حتى قالوا لا يشترط فيها مع بيان الطول والعرض بيان العمق لان من ملك ارضا ملك

الانتفاع

الانتفاع بها الى القرار وحكى الرافعي وجها في اشتراطه بنا على انه لا يملك به الا حق
الاجرا وحكاه في المهذب ايضا وما قلنا انه ظاهر كلام المحاملي هو مقتضى قول الحاوي
في مسالة الجذوع وقد جزم ابن الصباغ في مسالة السطح بانه اجارة غير محتاجة الى بيان
مدة بخلاف سائر الاجارات كما قاله في مسالة الجذوع ووافقه المتولي وفرق بين هذا
وبين سائر الاجارات بان هذا العقد لا يتضمن تفويت منافع السطح عليه لانه ينتفع
به بعد هذه المصالحة مثل ما كان ينتفع به قبلها بخلاف سائر الاجارات فانها تمنع المالك
من الانتفاع بملكه فكان عقدها مؤبدا تفويتا للملك في التحقيق وقد يحتمل الجهالة في
العقد اذا كان لا يتضمن ضررا ولا يحتمل اذا تضمنه ودليله صحة ضمان الدرك وعدم
جواز اعتاق الرهن به وفي الحاوي حكاية وجه في مسالة الارض انه اجارة فالوجه الذي
حكيناه في صحة مسالة الجذوع يقول على هذا العقد باطل لعدم ذكر المدة وقد صرح
بذلك وقد يجري في مسالة السطح من طريق الاولى وقد يفرق بينهما بما ابداه المتولي
وهو الظاهر ولو اتى بدل لفظ الصلح بلفظ البيع وقال بعتك حق مسيل الماء كما صور
القفال فهو بيع حق البنا ونحوه في حقيقة العقد ما تقدم قاله الرافعي اما اذا كان
السطح على ذلك بغير عوض فهذا عارية قال في المهذب ولا يحتاج في مسالة الارض الى
بيان لانه اذا استاجر والارض تحمل ما تحمل بخلاف السطح ويقرب منه في الحكاية
وان كان العقد مباينا ما قاله الماوردي فيما اذا قلنا بان الجار لا يجبر على وضع الجذوع
على حائطه فاذن له في وضعها من غير عوض انه يعتبر مع ذلك معرفة عدد الاجذاع
دون العلم بطولها وموضع ترسيها قال لان الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها واعلم
انا حيث صححنا عقد الصلح على اجرا الماء فليس للمصالح دخول الارض التي فيها المجراة
بغير اذن مالكها الا ان يريد تنقية الساقية وهي المجراة وعليه ان يخرج من ارضه ما يخرجه
منها وليس له في مسالة السطح القا الثلوج على السطح ولا ان يترك الثلج على سطحه
حتى يذوب ويسيل اليه ولا ان يجري فيه ما يغسل به ثيابه وآنيته بل لا يجوز ان
يصالح على ترك الثلوج على السطح او اجرا الغسالات على مال لان الحاجة لا تدعو الى

الى مسيله والحق المتولى بذلك المصالحة على جرى ما الثلج وعلله بان الثلج مدروب قليلا قليلا
وماوه سقى على السطح بخلاف ما المطر ويجوز المصالحة على القا الثلج فى داره وكذا على
قضا الحاجة فى حشش الغير على مال وكذا على جمع الزبل والقمامة فى ملكه وهذه اجاره
يراعى فيها شرايطها ولذلك المصالحة على الشلوبة على سطح الجار ولو باع مستحق
الشلوبه منزله فليس للمشترى ان يثبت عليه بخلاف ما لو باع مستحق اجرا
الما على سطح الغير ملك نفاذ داره دار فان المستحق يستحق الاجرا بعينه لملكه لان
اجرا الماء من مرافق الدار دون الشلوبه فرع لو صالحنا من اجرا ما المطر
على سطح دار بل بشبه بجرا قال المتولى يجوز لانه لما جاز العقد مطلقا بعوض
واحد جاز بعوض مقسط على السنين وان كان جملة الاجر غير معلومه ويحتمل
هذا القدر من الغرر في الاجر كما احتملناه في المعقود عليه ويصير كخراج المضروب على
الارض الثانى اذا صالح على اجرا الما على سطحه على مال فليس للمصالح ان يمنع صاحب
السطح من تعليه داره نعم اذا وقع المطر فله ان يعقد الحائط المبنى قدر ما يجرى فيه الما
الى ملكه لان ذلك حاجز يمنعه من مستحقه فصار كما لو استاجر دارا ثم سد الباب
له فخذ الثالث اذا استرم السطح من اجرا الما لم يجب على المستحق عمارته فان العمارة
تتعلق بالاعيان وليست مستحقة وفى الحلى اشاره الى حكاية وجه فى وجوب العمارة عليه
اذا استرم بسبب الما واعلم ان الحجة تجوز الصلح على اجرا الما على الارض
والسطح على عدم اجار صاحب الارض والسطح على العكس من ذلك فانه لو وجب لما جاز
المصالحة عليه كما ذكرناه من قبل وقد حكى الرافعى عن السيد يحيى وغيره روايه مواخر عن القديم
انه يجبر قال ولا يجوز ان يفتح كوه فى حايط لجاره ولا فى حايط مشترك الا
باذن الجبر والمعنى الذى قدمناه فى الخروج ولو اذن له فى ذلك ثم اراد الشريك ان
يسدها لم يكن له الا باذن شريكه ولو صالح الجار جاره على فتح كوه فى جداره لم يجز لانه
صلح على الهوا والضوء ويجوز للجار ان يبنى حايطا فى ملكه وان سد كوه جاره وضعف
الضوء لانه متصرف فى ملكه قال الماوردى وكذا لو دق وتد فى الحائط ونترتب الكتاب

ثم ذكبت

بهوايه

ترابه حكم فتح الكوة والاختلاف فى جواز الاستصباح بسراج الغير والاستظلال
بجداره وكذا فى جواز الاستناد اليه بحيث لا يضر به فلو منعه من الاستناد فهل يمنع
منه تردد لانه عناد محض كذا صور الامام المسئلة وعليه يحمل ما فى الوسيط بنسبه
الكوه بفتح الكاف وتشديد الواو وهى فى الحائط وغالب ما يستق لاجل الضوء وجمعها كوى
بكسر الكاف والمد كقصعه وقصاع ويجوز كوى بالقصر حكاه وغيره وحكى الجوهرى وغيره
انه عرفه فى المفرد بضم الكاف وجمعها كوى كغرفه وغرف قال وان حصل
اغصان شجره فى هوا دار غيره وطولب بازالتها لزمه ذلك لان الهوا تابع للقرار فلما
لزمه تفريغ القرار اذا اشغله ملكه كذلك الهوا التابع له قال فان امتنع كان
لصاحب الدار قطعها اى قطع الاغصان من حد داره ولا شى عليه اذا كلفنا ازالتها لا
يمكن الا بالقطع لانه يتعين طريقا فى دفع الضرر اما اذا امكنت الازالة بالثنى لرطوبتها
فلا يجوز القطع وشى ولا يفتقر فى القطع الى اذن الحاكم على الاصح كما لا يفتقر فى اخراج بهيمه
دخلت فى داره الى اذنه وفيه وجه ضعيف فعلى الاول لو قطعها من غير مطالبه مالكها
بالقطع قال الماوردى ان كانت يابسه لا ينثنى جاز ولم يضمن وان كانت رطبه ضمن ما نقص
من قيمة الشجر بقطع الغصن منها وحيث يجوز القطع فتولاه صاحب الدار لم يرجع على مالك
الاغصان باجرة القطع الا ان يحكم الحاكم بالقطع قاله فى الافصاح قال فان صالحه
عنها بعوض لم يجز لانه افراد الهوا بالعقد يعنى لو كانت الاغصان مستنده الى الجدار واراد
المصالحة على ذلك نظر ان كانت يابسه جاز وكان كمسئله الجذوع صرح به المتولى وان كانت
رطبه فوجهان احدهما وهو قول ابن سريج انه يجوز وما نمت بعد تبع والثانى وهو قول
ابن ابى هريرة وجمهور البغداديين لا لانه يزيد كما لا يعرف قدر ثقله وضرره وانتشار
عروق الاشجار فى الارض كانتشار الاغصان وكذلك ميل الجدار الى الهوا قاله الاصطخرى
ولو كان ميل الجدار الى دار صاحبه وكان الجار خائفا من انهدامه على نفسه او ماله لم يلزمه
هدمه لانه لا يقوى عليه فى الحال حقا ولا يملك عليه ملكا وانهدامه فى الثانى مظنون قاله
الماوردى تنبيه قوله فى هوا دار غيره بالمد وهو ما بين السما والارض وجمعه اهويه

كخطا واعطى، قال اهل اللغة وقد حال هواءً اما هوا النفس فمقصور يكتب بالبا
وجمعه اهوا فــرع اذا غرس الرجل غراسا في ارضه وكان يعلم ان الغراس اذا كبر وطال
انتشرت اغصانه الى دار الجار لم يكن للجار ان يجبره على قطعه في الحال وكذا لو اراد حفر بئر في
ارضه وكانت نداوة البئر تصل الى حائط الجار لم يكن للجار ان يمنعه من حفرها لانه متصرف في ملكه
فلا يمنعه من وجود النار في اتخاذ حمام اشتهاه بين الدور وان تأذوا بالدخان قال ـــ
وان كان له دار في درب غير نافذ وبابها في آخر الدرب فاراد ان يقدمه الى وسط الدرب او اوله
جاز لان في ذلك ترك بعض حقه ولا فرق في ذلك بين ان يسد الاول او يتركه مفتوحا صرح
به الماوردي ولم يحك سواه وقال الرافعي محل الاتفاق اذا سد الاول اما اذا لم يسد الاول فعلى ما
سنذكره في المسئلة بعدها لان الباب الثاني اذا انضم الى الاول اورث زيادة زحمة الناس وزحمة
ووقوف الدواب في السكة فيتضررون به قال ـــ وان كان بابها في اول الدرب
فاراد ان يؤخره الى وسطه او آخره اي بغير اذن لم يجز لانه يريد ان يجعل لنفسه استطراقا
لم يكن وقيل يجوز وماخذ هذا الخلاف ما اشرنا اليه من قبل والصحيح ما ذكره الشيخ من المنع
لانه ومنعه هو من كانت داره فوق الباب الاول بلا خلاف وهل لمن داره بين الباب الاول
وراس السكة ذلك فيه وجهان بناء على تعدية الشركة كما مر وفي النهاية بعد طريقة اخرى جازمة بانه
لا منع لهم لان الفتح لا يتميز عليهم وتحويل الميزاب من موضع الى موضع كفتح باب وسد باب
فــرع لو كانت داران باب احداهما الى الشارع وباب الاخرى الى درب غير نافذ فاراد
فتح باب من احداهما الى الاخرى هل لاهل الدرب المنع منه وجهان اظهرهما لا ولو كان باب دار
الى درب غير نافذ فجرى الخلاف في جواز المنع لكل من اهل الدربين ومحل هذا اذا كان الغرض
الاستطراق اما اذا كان لغرض الاتساع فلا منع قال ـــ وان كان ظهر داره الى درب
غير نافذ واراد ان يفتح بابا الى الدرب للاستطراق لم يجز لما فيه من احداث حق لم يكن له في ملك
غيره بغير اذنه وحيث ضرر لم يكن له اما بمرور يتم عليه او بمروره عليهم فلو اذنوا له في ذلك جاز
وكانت اعارة حتى يجوز لهم الرجوع فيها متى شاؤوا ولا يجب عليهم ارش بسبب فتح الباب وسده قال ـــ
وان فتح لغير الاستطراق اي بان قال اركب عليه بابا واسمره فقد قيل يجوز لانه لو رفع جميع

الحائط

الحائط لم يمنع فكذلك اذا رفع بعضه وهذا ما صححه ابو القسم الكرخي قال ـــ وقيل لا
يجوز لان الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق فيتخذه بستدل به على الاستحقاق
وهذا ما صححه الشاشي في حليته ولا خلاف في جواز فتح الكوة والشباك للضوء قال ـــ
فان صالحه اهل الدرب بعوض جاز لان الحق ثبت لهم فجازت لهم المصالحة عليه وهل ذلك بيع او اجارة
حكمه حكم اجراء الماء في ارضه وهذا اذا لم يكن فيه مسجد اما اذا كان فيه مسجد فان للمسلمين فيه
حقا فلا يجوز المصالحة عليه وسعي البطريق انه هل يجوز من غير اذن فــرع لو اتفق اهل
الدرب على سد بابه فجواب المعظم انهم لا يمنعون وقال ابو الحسن العبادي يحتمل ان يقال يمنعون
لان اهل الشوارع يفزعون اليه اذا عرضت زحمة ولا اشكال انه لو امتنع بعضهم لم يكن للباقين
السد ولو سد ... مع بعض لم يكن لبعضهم فتحه ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة بينهم
جاز ولو اراد اهل راس السكة قسمة الراس بينهم منعوا ولو اراد اهل الاسفل قسمته
فوجهان بناء على ان اهل راس السكة هل يشاركونهم في الاسفل وهذا اذا لم يكن في
الاسفل الا دار واحدة فاراد واحد ان يقدم بابه الى وسط الدرب ويجعل ذلك دهليزا
حكاه في التتمة والذي اجاب في المرشد في هذا المنع فــرع هل يجوز غرس شجرة ونصب دكة
في الشارع فيه وجهان المذكور منهما في طريقة العراق المنع ولا فرق بين ان يفعل ذلك بفناء داره ام
لا صرح به في الوسيط ومحل الجواز اذا لم يضر بالمارة ويجوز ان يحفر الطين في الطريق اذا لم يمنع
المرور قاله العبادي قال ـــ وان كان بينهما حائط وانفرد لاحدهما العلو
وللاخر السفل فوقع السقف اي وهو مشترك بينهما فدعا احدهما صاحبه الى البناء
اي في الاول واعادة السقف في القديم وامتنع الاخر ففيه قولان اصحهما انه لا يجبر
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه فلم يجبر على انفاق
ماله بغير طيب نفس منه ولانه لا يجبر على عمارة ملكه وان تضرر به الغير اما اذا كان
في حال الانفراد فوجب ان لا يجبر على ذلك في حال الاشتراك كالزرع
والغراس اذا اشرف على الجفاف طردوا بعضه البهائم عكسا والقول الثاني وهو القديم
عند الجمهور لا عبرة بالقديم واحد قولي الجديد عند المزني وابن ابي هريرة على ما رواه الماوردي

انه يجبر وهو الذي صححه ابن الصباغ فاختاره في المرشد لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلما
لحوق الضرار دل على وجوب الاجبار ولانه لما استحقت الشفعة لزوال الضرر بها وجبت
القسمة اذا دعى اليها احد الشريكين ليتعف الضرار كان وجوب المساواة مع ما فيها من التعنيف
الضرر اولى والقائلون بالاول اجابوا عن المطلوب وعن الشفعة بانه لا ضرر على المأخوذ منه
لانه واجد ما بذله وعن القسمة بانها ليست عينها والعمارة عين ويجري القولان فيما اذا كان
العلو لاحدهما والسفل لاخر ووقع الجدار فطلب صاحب العلو صاحب السفل الى عمارة
السفل والخلاف ان صاحب السفل لا يطالب صاحب العلو ايضا ويجري ايضا فيما لو
كان بينهما نهر او بئر فارتدم او سا فيه فتشعثت وفيما اذا المرتكن بين سطحيهما سترة
فطلب احدهما الحاجز بينهما فاختار الرافعي **المفرع** ان قلنا بالقديم يطرق المميع
فان كان موسرا اجبر في الحال فان امتنع وله مال انفق الحاكم منه ما يخصه فان كان التداعي في
حايط مشترك بينهما نقص او في سقف فهي عليهما لذلك وان كان السفل لواحد والعلو
لاخر كان على صاحب السفل عمارة سفله لا غير وان كان في نهر او بئر فالماوردي قسمه
المقسط عند الشافعي والجمهور على قدر املاكهم الا ان منهم من قسطها على مساحات
الارضين وقلة جريانها لان الماء الجاري منه يسيح عليها على قدر مساحتها وجريانها ومنهم من
قدرها على قدر مساحة وجه الارض التي على الارض وهو اشبه بمذهب الشافعي وقول اصحابه
لان مؤنة الحفر يزيد بطول مسافة الوجه الذي على الدبر وبقل بقصره فوجب ان يكون معتبرا
به وان كان الممتنع معسرا كان للحاكم ان يقترض عليه وله ان يقول للطالب ابت مخير بين ان تعمر
بمالك وترجع عليه عند اليسار او بلغه على ما حكاه الماوردي فان عمرها بالاذن فانه فلا شك
في رجوعه عليه وان عمر بغيرها اذن الحاكم ففي الرجوع ثلاثة اوجه ثالثها ان قدر على اذن الحاكم
فلم يستاذنه فلا رجوع وان لم يقدر على اذنه فيرجع وادعى الامام ان هذا اعدل الوجوه وفي
الحاوي ان الذي عليه الجمهور القول بعدم الرجوع مطلقا كما لو اسمع الموسر وحكى بانه منسوب
الى ابي حامد المروزي وقال تفريعا عليه انه لا يمنع الشريك من التصرف فيما بناه الى ان
يوفيه ما انفقه عنه ولصيرة كالمرهون بحقه وفي الرافعي ان المزني اشار الى القول على المسلم

وللاصحاب فيها طرق اظهرها وبه قال ابن خيران وابن الوكيل القطع بعدم الرجوع والقائلون
بحملوا قول الرجوع على ما اذا كان بالاذن والثاني ان القول بعدم الرجوع محمول على الجديد
والقول بالرجوع تفريع على القديم الذي عليه يتفرع وبه قال ابن القطان والثالث انا ان قلنا
بالقديم رجع لا محالة وان قلنا بالجديد فقولان **قال** وان اراد احدهما
ان يبني لم يمنع اي على القولين معا لانه مزيل بذلك الضرر على الطالب من غير ضرر يلحق
الممتنع **قال** فان بناه بماله فهو ملك له ينفرد به اي بالارتفاق به لانه عين
ماله وليس للممتنع الانتفاع به بدق وتد ولا فتح كوة وليس للباني منع صاحب السفل
من الاستظلال به والجلوس والقرار فيه وكذا من الاستناد على راي وفي الحاوي الجزم
بمنع الاستناد وعن صاحب التقريب رواية وجه ان له المنع اصلا من السكون
والاستظلال به قال الامام وهو غريب غير معتد به وللباني نقض ما بناه فان بذل
له الشريك في الجدار قدر ما يخصه منه لم يمنع عليه النقض على الجديد ويمنع على القديم
كما على هذا القول يجبر الممتنع على ابتداء العمارة كذا قاله الاصحاب وفيه نظر من حيث
ان في ذلك اجبارا على تمليكه نصف الالة الخاصة به وهو لا يجبر على ذلك ابتداء ولذا الخلاف
يجري فيما لو بذل صاحب السفل لصاحب العلو قيمة ما بناه في السفل كما حكاه القاضي
الحسين والماوردي تفريعا على الجديد وادعى الامام اجماع الائمة عليه موجها ووجه الوجوب
كما على العدم تراعي المصلحة وفي تعليق ابي الطيب تسليم الحكم في مسألة الجدار والجزم في
مسألة السفل انه لا يمنع عليه النقض على القولين معا لان صاحب العلو لا يجب عليه ان يجبر صاحب
السفل قولا واحدا ولو لم ينقض الباني الهدم بل اراد الشريك القيمة فيبذل له الشريك القيمة
ليتملك ما كان يطالب بعمارته اجبر على القديم وعلى الجديد قال الاصحاب يقال للباني انت بالخيار
بين ان تاخذ منه القيمة وبين ان ينقض حتى يعيداه معا **قال** وان بناه بما
وقع من الآلة فهو مشترك بينهما لانه عين مالهما وهو متبرع بما غرمه على التالف ويعود
الحكم في الانتفاع بذلك كما كان قبل الوقوع فلو اراد الباني هدمه لم يكن له الا باذن الشريك
فلو بادر وهدمه قال الامام فالمذهب انه يغرم النقص واعلم ان ظاهر كلام الشيخ وغيره

من العراقيين والماوردي يقتضي ان للطالب على القول الجديد ان يبني المستهدم بما سقط
من الاله فاصح جواباً ان له ان يبني بالته التي يفرد بها على الاساس المشترك لدفع الضرر وقد
صحح الامام ما اقتضاه ظاهر كلام الشيخ وغيره ونقل اجماع الاصحاب عليه والمراد بقوله
السدس وهو الذي ادعى الرافعي انه الظاهر من المنقول وانه المتوجه من جهة المعنى اما لو اراد
على القول الجديد البناء بالاله المشتركة واراد صاحب العلو ان يبني السفل باله السفل
فان للآخر منعه **فرع** لو قال صاحب السفل لصاحب العلو تعد بنائه السفل بالة نفسه
انقض ما بنيته لابنيه بالة نفسي نظر ان كان قد طالبه بالبناء فلم يجبه لم يجب الا ان لم يفعله
وان لم يطالبه وقد بنى علوه عليه فكذلك لا يجاب ولكن له ان يتملك السفل عليه بالقيمة
وان لم يبن عليه العلو بعد اجيب صاحب السفل بالة المنقول بحسبه العلو والسفل
بضم اوله وكسره قال صاحب المحكم السفل والسفل والسفلة خلاف العلو والعلو واسكان الفا
نقيض الاعلى ويكون اسما وظرفا السقف جمعه سقوف وسُقُف وقد سقف البيت اسقفه
سقفا **قال** فان استهدم فنقضه احدهما اي اما تعدياً واما دون شريكه يشترط
ان يعيده من ماله فالد الحامل ادمن مالهما قال له الماوردي فان اجبر على اعادته لتعديه او التزامه
وهذا ما حكاه البغوي في صورة التعدي والماوردي عن الامام في الصورتين الباقيتين وحمل الحامل
في الصورتين على المذهب وعليه حمل الجمهور ما حكيناه عن الجديد من قبل **قال**
وقيل هو ايضا على قولين في المسالتين لما ذكرناه قال الماوردي وهذا النص يصح وفي الرافعي
ومجموع المحاملي ان هذا الطريق هو الذي يقتضيه القياس وان الحايط لا يضمن بالمثل بجعلهم
ارش النقصان وهذا الكلام منه دال دلالة ظاهرة على انا على الطريق الاول نوجب على الهادم
الاعادة جبراً لما تعدى به والذي يظهر ان المراد به انه اذا غرم ارش النقصان ليس له الامتناع
من البناء بل يجبر عليهما على الجديد فاجبر على الهدم ان الطريق الثاني يصح بذلك ثم الصورة
التي حكينا عن سلفه ذكرها الماوردي في باب وضع الحجر وهي ان يعقل للكلام ان ادرس سطحه
ويكون قيمته قايماً مستهدما اكثر من قيمته نقضا مهدوما ولذا اذا كانت قيمته نقضه
والته مثل قيمته قايماً والثلث وقال اهل الخبرة ان سقوطه لا يتعجل ويثبت على انتصابه

اما

اما اذا قالوا ان سقوطه يتعجل فلا يثبت على انتصابه فان له ان يفرد به بحسم ضرره والله اعلم
وقد يجيء شرح مسائل الباب وبحثه بعد حتى يتعلق به قال ابن سريج اذا كان في يد رجل
نصف دار فادعى عليه انسان سدس منها فانكره وانصرف المدعي ثم قال له المدعى عليه خذ مني
السدس الذي ادعيته منها بسدس من دار فاجابه وان لم يكن صلحا على انكار لاحداه السدس
في باب الصلح قال ابن الصباغ اذا استهدم الجدار اجبر على نقضه ولو تراضيا الشريكان على
ان يعيدا الجدار بالمناصفة ويكون لاحدهما زيادة فيه لم يجز لانه شرط عوض في غير معوض فانها
مستحقة في العمل وفي الجدار وعرضه وعن صاحب المهذب رواية وجه انه يجوز وذلك هذا اصح
به الامام والغزالي في البسيط ونسبه في الوسيط الى رواية القفال ولعلهما رواه ولو انفرد واحد
الشريكين باعادة البناء بالنقض المشترك باذن شريكه بشرط ان يكون له الثلثان في النقض
والاساس جاز والسدس الزايد يكون في مقابلة عمله في نصيب الشريك هكذا اطلقوه واستدرك
الامام فقال هذا مصور بما اذا شرط له سدس النقض في الحال فاما اذا شرط له السدس بعد
البناء لم يصح لان الاعيان لا تؤجل قال الرافعي وكذلك ان يقول [illegible] الصورتان وقع
فيما ذكره وجب ان يعود الحكم فيه كالحكم فيما اذا شرط للمرضع جزءا من الرقيق المرتضع في
الحال وللقاطف للثمار جزءا من الثمار المقطوفة في الحال وقطع بمنعه لان عمله يقع على ما هو
مشترك بينه وبين غيره وستعيد الكلام في ذلك مرة اخرى ان شاء الله تعالى

باب الحوالة

الحوالة بفتح الحاء مشتقة
من التحويل والانتقال يقال حال فلان عن العهد اذا زال وانتقل عنه وحالت
الاسعار اذا تغيرت وانتقلت عما كانت عليه وهي في عرف الشرع نقل دين من ذمة الى ذمة وقيل
حكى المحلي انها تقال بالانتقال وانتقال المحال عليه بالحق يحيله احاله واحال الرجل اذا
قبل الحوالة والاصل في جوازها من الكتاب قوله تعالى اوفوا بالعقود والحوالة عقد فوجب
الوفاء به واذا وجب الوفاء به دل على جوازه ومن السنة ما روى مسلم وغيره عن ابي هريرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع الغاية
مضمومة وبالواو يسكن ويخفف وما فليتبع مشددة والمطل المدافعة والمليء بالهمز ومعنى

الحديث اذا احيل احدكم على ملي فليحتل قال الجوهري يقال اتبع فلان بفلان اذا احيل عليه والتبيع
الذي لك عليه مال وقال في الاستقصاء يقال يتبعه الرجل يحتذي اتبعه تبعا اذا تبعتهم اذا طالبته
وانا تبيعه ومنه قوله تعالى ثم لا تجدوا لكم علينا به تبيعا قال الماوردي وقد روى الجوزقي عن ابي
هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال واذا احيل احدكم على ملي فليحتل وقال الرافعي والاشهر في
هذه الرواية بالواو ويروى فاذا احيل احدكم بالفاء على التعدد الاول يعني مع قوله مطل الغني ظلم جملتان
لا تعلق للثانية بالاولى كقوله عليه السلام العارية مردودة والزعيم غارم وعلى الثاني يجوز ان يكون
المعنى في الترتيب انه اذا كان المطل ظلما من الغني فاذا احيل بدينه عليه فليحتل فانه يحترز عن الظلم
وقد اجمع المسلمون على جواز الحوالة في الجملة كما حكاه ابو الطيب قال القاضي الحسين والمعنى فيها
بعد الاجماع ما فيها من الارفاق للناس فان الانسان يستحق دينا ويستحق عليه فلحقه
المشقة في الاستيفاء والاداء فجوز الشرع لاسقاط هذه المشقة والكلفة والا فالقياس
انها لا تجوز لانها بيع دين بدين وقد نهى صاحب الشرع عنه وهو بيع الكالي بالكالي وهذا كما ان
القرض جوز للارفاق وان كان القياس منعه لانه فاجل باجل والسلم جوز للارفاق وان كان عقدا
على معدوم وكذلك الاجارة وما قاله حسن يدل على قولنا انها بيع دين بدين وقد اختلف اصحابنا
في حقيقتها فذهب ابن سريج الى انها بيع ولهذا لم يعتبر فيها التقابض في المجلس وخلت الربح
والفضل وادعى الرافعي وغيره من المحققين انه الذي نص عليه الشافعي في باب بيع الطعام
وجهه ان المحال يبدل ماله في ذمة المحيل بما للمحيل في ذمة المحال عليه بما عليه من دين المحال وذلك
حقيقة البيع ويوهنه انها ممنوعة في المسلم فيه لما سنذكره من الحديث فعلى هذا هل هي بيع
دين بعين او عين بعين او عين بدين فيه للشافعية اوجه مجموعة من نقل الماوردي والرافعي عن
القاضي ابي حامد والقائل بانها بيع عين بدين يقول استحقاق الدين على الشخص منزلة
استحقاق منفعة يتعلق بعينه كالمنافع في اجارات الاعيان وللاول هو المشهور من كلام
الائمة ومنهم من قال ليست بيعا بل هي عقد ارفاق بانه منزلة قبض الحق من المحيل ودفعه الى
المحال عليه قرضا لانه عليه السلام ندب اليها بقوله فليحتل ولانها لا تصح بلفظ البيع ولا
يعتبر فيها التقابض ولا يثبت للمحال الرجوع على المحيل عند تعذر الحق من المحال عليه ويجوز التفرق

فيها

فيها قبل القبض في الربويات فلو كانت بيعا لما ثبت هذه الاحكام وقد حكى البغوي القولين من
تخريج ابن سريج وكذلك القاضي الحسين في تعليقه ثم قال والاولى ان يلفق من القولين ويجمع بينهما
فيقال الحوالة معاوضة تتضمن استيفاء او استيفاء بطريق المعاوضة كما قالوا حد عوضا عما له في ذمته
هو معاوضة تتضمن استيفاء او استيفاء بطريق المعاوضة ويقرب من هذا ما ذهب اليه الغزالي
واما من صحح اما قد انها مشتركة بين المعاوضة والاستيفاء واتباع النظر في تغليب احدهما
ولهذا الاختلاف اثر يظهر في الباب ان شاء الله تعالى قال لا تصح الحوالة الا برضى
المحيل والمحال اما رضى المحيل فلان الحق في ذمته مرسلا فلا يتعين عليه قضاؤه من محل معين
كالوطلب منه الوفاء من كيس بعينه واما رضى المحتال فلان حقه يتعلق بذمة المحيل فلا يملك
نقله الى ذمة غيره كما لو تعلق حقه بعين واراد نقله الى عين مثلها مع ان الذمم متفاوتة
وقد خالف ابو ثور في هذا على ما حكاه الماوردي وقال اذا احيل على ملي وجب القبول للخبر
وتمسك اصحابنا في الرد عليه بقوله صلى الله عليه وسلم ان لصاحب الحق يدا ومقالا والحاق علينا
وبان الحقوق التي في الذمم قد ينتقل تارة الى الذمة بالحوالة وتارة الى عين بالمعاوضة فلما ثبت ان
نقله الى عين لا يلزم الا بالرضى فنقله الى الذمة اولى لان بعضها اخرى يصل الى حقه وبعضها الى
ذمة اخرى لا يصل اليه وقالوا الخبر محمول على الاستحباب لما فيه من الاعانة على قضاء الحق
وهذا قول القاضي ابي الطيب وبه جزم الرافعي وفي الحاوي انه محمول على الاباحة لانه وارد بعد
حظر وهو نهيه عليه السلام عن بيع الدين بالدين واعلم ان بعض الشافعية حكى وجها
ان الحوالة تصح بدون رضا المحيل وصورته ان يقول احتل على فلان احلتك على فلان بالدين الذي لك على
فلان فيقول المحال قبلت وان هذا يتخرج على الخلاف في جواز الحوالة على من لا دين عليه وما قاله فيه نظر لانها في هذه الحالة ما صحت الا بالمحيل وهو
القائل احلتك بدليل ان المحال لا يقول قلت كما قال وقائل لا موجب محيل ولا يقال
ان ذلك ليس بمحال بدليل ان الاب اذا باع مال ولده من نفسه اشترط الايجاب والقبول بلفظ
يعتبر بعض على راي لانا نقول ذلك مخصوص على ما حكاه الامام في باب الهبة بما اذا اتى بلفظ
يستقل الابتداء به مثل ان يقول اشتريت او اتهبت اما قوله قبلت البيع او الهبة فلا يمكن

الاستصار عليه محال نعم في هذه الصورة اتحد المحيل والمحال عليه ولا بعد في اتحاد العاقد والمعقود
عليه الا ترى ان السيد اذا وكل عبده في بيع نفسه صح ثم على تسليم القول بصحة هذا العقد
وانه لا يحيل فيه بما على ان المراد ان المحيل من يحق عليه الدين كما صرح به الماوردي وغيره فهو
ليس بحوالة وانما هو ضمان كما ستعرفه من بعد قال [redacted] ولا يفتقر الى رضا المحال عليه
على المنصوص اي في المختصر لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع ولم يعتبر
رضا المحال عليه ولانها تصرف في مملوك اخر فلا يعتبر به عن النكاح فانا لا نعتبر رضا المنكوحة في حالة لا
ليس مملوك للزوج ولان مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه وبغيره فالوكيل وكذلك
المحتال وقد صار الى هذا ابو العباس بن سريج وابو اسحق المروزي وابن ابي هريرة وفي مقابله انه لا بد من
رضاه وقد رواه ابن القاص عن نص الشافعي في الاملاء وبه قال المزني والزبيري والاصطخري وابن الوكيل
مستند ليس بان من قال ان وجوده شرط في الحوالة قال ان رضاه شرط فيها كرضا المحيل والمحال وقال ان الدين
متعلق بالذمة اصلا وبالرهن فرعا فلم يجز لصاحب الدين ان يعول الدين الى غيره فاولى ان لا يجوز له ان
يحول الدين الى غيره والقائلون بالاول حملوا نصه في الاملاء على ما اذا لم يكن على المحال عليه دين كما سنذكره
واجابوا عن الثاني بان المحيل والمحال انما هما كالمثبتين بخلاف المحال عليه فانه كالعبد المبيع وعن
الرهن بان الراهن ليس مالكا للرهن فلذلك لم يجز له نقله بخلاف الدين وقد بني صاحب التهذيب هذا
الخلاف على الخلاف السابق في ان الحوالة معاوضة او استيفاء ان قلنا انها معاوضة لم يعتبر
رضاه وهو الاصح وان قلنا انها استيفاء فلا بد من رضاه لانه لا يمكن اقباضه الا برضاه واعلم ان
عدول الشيخ وغيره من الصحيص عن لفظ الايجاب والقبول الى اعتبار الرضا المستلزم للايجاب والقبول
لعدم الاطلاع عليه لانه الاصل المعتبر في العقود ولا اشكال لمن اعتبر الاصل لم اعتبره نعم تقال
ذلك لمن اعتبر الفرع وعدل عن الاصل في صيغة الايجاب والقبول الذي يستلزمه الرضا ان نقول
المحيل احلتك على فلان فيقول قبلت كما هو المفهوم من اطلاق الشيخ الحوالة ويقوم مقام ذلك
كما حكاه ابن ابي الدم الحموي في ادب القضاء قول المحيل نقلت حقك الذي في ذمتي الى ذمة فلان
او جعلت ما استحقه علي فلان لك بما لك علي او ملكتك ما في ذمة فلان بما لك في ذمتي وهل ينعقد
بلفظ البيع قال ابن الرفعة حكاه خلافا مشهورا وفي اعمال ابن القاص حكى عن الشافعي انه قال لا بد مع الايجاب

من

من ان نقول المحال قبلت الحوالة او ابرأتك عن حقي وفيه حيث قررناه في اول كتاب البيع
ويجري الخلاف المذكور في انعقاد البيع بالاستيجاب والايجاب بعينها وفي الرافعي ان في الحوالة
طريقة اخرى قاطعة بالانعقاد لان الحوالة جرت رفقا بالناس فيسامح فيها ما لا يسامح في غيرها
قال [redacted] ولا يصح الحوالة الا بدين مستقر وعلى دين مستقر لان الحوالة اما بيع كما
هو الصحيح وبيع الدين لا يصح ما لم يكن بصفة الثابت واما استيفاء واستيفاء الاعواض لا يستحق
لا يحصل به الغرض قال [redacted] فاما ما ليس مستقرا كمال الكتابة ودين السلم فلا يصح الحوالة به
ولا عليه لما ذكرناه وقد روى عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال [redacted]
من اسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا ما جزم به العراقيون في المسلم فيه وذهب الشيخ ابو العاصي
ابو حامد في مال الكتابة ولم يحك في المهذب سواه ووراه في كل من الصورتين وجهان احدهما
يجوز الحوالة بها وعليهما وهو في مسألة المسلم فيه منسوب الى ابي حفص بن الوكيل وفي مسألة
مال الكتابة منسوب الى ابن سريج كما حكاه الامام وحكى عن غيره ان الحليمي قال به في الحوالة عليه
ويجيء من طريق الاولى يجوز الحوالة به وقد بناه الرافعي والماوردي في مسألة المسلم فيه على انها استيفاء
لا معاوضة ويشبه ان يبنى في مسألة الكتابة عليه ايضا والثاني يجوز الحوالة بها ولا يجوز الحوالة عليها
وبه جزم ابن الصباغ والاكثرون في مسألة الكتابة لان للكاتب ان يسقط حق سيده باختياره بخلاف
حوالة السيد عليه لانه يؤدي الى ايجاب القضاء عليه بغير اختياره وقد حكى الرافعي محل هذا
الوجه بما بعد حلول مال الكتابة وذلك انما يأتي دون ما قبله وعكس في الوسيط هذا الوجه
في مسألة المسلم فيه فقال لا يجوز الحوالة به ويجوز عليه ثم صورة الحوالة بهما ان يحيل العبد او
المسلم اليه السيد او المسلم بما في ذمته على غيرهما والحوالة عليهما ان يحيل السيد او المسلم
على المكاتب او المسلم اليه بما له في ذمته انسانا قال واعلم ان المراد بالدين المستقر
هنا ما يجوز بيعه لا ما امن انفساخ العقد فيه بتلفه او تلف مقابله كما ذكر في
البيع ويدل على ذلك امران احدهما ان ثمن المبيع الذي لم يقبض لا يؤمن انفساخ العقد فيه
بتلف المبيع ومع ذلك يجوز الحوالة به كما استنبطه الرافعي من احالة الاصحاب في القولين
الاتيين فيما اذا احال المشتري البائع بالثمن على رجل ثم رد بالعيب هل يبطل او تبقى اذا كانت
نبات
محل

الحوالة بعد قبض المبيع اما اذا كانت قبله فيصح وجها واحدا او محله قبل القبض وبعده
على حد سواء والثاني ان الزوجة يصح منها ان تحيل بالصداق قبل الدخول مع انه غير مستقر
بالمعنى الذي اردناه وذلك يدل على ما ذكرناه ولاجل هذا حكينا وجها في صحة الحوالة بنجوم الكتابة
كما قيل به في جواز بيعها وفي شرح الفروع للقاضي ابي الطيب او لغيره اشارة الى منع الحوالة في
مسألة الصداق فانه قال فيما اذا احالت الزوجة بالصداق قبل الدخول ظاهر المذهب صحتها
للتصرفات قبل القبض من البيع والهبة والعتق وكذلك الحوالة فـــرع يجوز حوالة السيد
على المكاتب بدين المعاملة على الصحيح وبه جزم ابن الصباغ لانه يجبر على ادائه وقيل لا يجوز لان
له ان يسقط ذلك فيعجز نفسه قال الكتابة وبنى المتولي هذا الخلاف على ان المكاتب اذا عجز
هل يسقط هذا الدين ام لا ان قلنا نعم لم يصح والا صحت ومقتضى هذا البناء ان يجري الصحيح على
راي عدم السقوط وهذا يظهر لك ما ذكرت فيما حكيته في المسألة المبني عليها في باب الرهن زمن
الخيار هل يجوز الحوالة به وعليه وجهان احدهما وهو قول القاضي ابي حامد لا والثاني نعم وهو الاصح
في الرافعي والنهاية والوسيط وهما مبنيان في الحاوي والتتمة على ان الحوالة معاوضة او
استيفاء ان قلنا بالاول لم يصح والا صحت فعلى هذا لا ينقطع الخيار فلو اتفق فسخ البيع انقطعت
الحوالة وجها واحدا صرح به الشيخ ابو حامد وغيره قال الامام ولم يصر احد من الاصحاب الى ان الحوالة
في الثمن يقطع الخيار في البيع وفي الرافعي حكاية عن الشيخ ابي محمد ان الخيار يبطل لان قضيته
الحوالة اللزوم فلو بقي الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها وكما في الحوالة على النجوم وعلى قول
المنع هل ينقطع خيار البائع ان كانت الحوالة عليه وخيارهما ان كانت الحوالة به وجهان
سواء احدهما في كتاب البيع ان الحمل في الحوالة جزم الماوردي والمتولي بعدم صحة الحوالة به قبل
العمل وما العمل بعده قال الرافعي والقياس ان يجيء في الحوالة به وعليه الخلاف المذكور في الرهن وفي ضمانه
الرداة هل يصح الحوالة من المالك بها السامع ان قلنا انها استيفاء صحت والا فلا ولـــــ
والصحيح الاول عليه لانا اذا لم يصح بغير المجلس الذي عليه قال ان لا يصح اذا لم يكن عليه حق
كما قاله القاضي ابو الطيب فلـــــ وهل يصح على من لا دين عليه برضاه كما يصح
ان يصالح عنه وهو ما اجاب ابن الحداد في فروعه وقال في شرحها القاضي ابو الطيب

وعن

وعن وهو الصحيح عندي وقد خرج ابن سريج هذا من ان الحوالة بيع او عقد ارفاق يتضمن الاستيفاء
فان قلنا بالاول وهو الصحيح لم يصح لان ذلك بيع معدوم وان قلنا بالثاني صحت وكانه استوفاه
منه فاقرضه منه وعلى ذلك جرى صاحب التهذيب والجمهور وبناهما غيره كما حكاه القاضي الحسين
على ان الضمان يشترط براءة الاصيل وفيه جوابان لابن سريج ايضا فان جوزناه جوزنا هذه الحوالة
والا فلا لانه في الحقيقة يتضمن ما في ذمة المحيل بشرط ان يبرأ ولهذا اعتبرنا على قول الصحة
رضاه وجها واحدا لانه لا يصح الزامه الحق بغير الرضى ولهذا ما صححه الامام قال وليس هو
ما هو من ذلك بل هو بعينه فهذا وقطع به الغزالي في الوسيط وهذا البناء انما يصح اذا
قلنا ان ذمة المحيل تبرأ من الدين المحال به في الحال كما صار اليه الصيدلاني وحكاه ابن كج وجها
وصححه من شرح الفروع وبه جزم ابن الصباغ اما اذا قلنا انه لا يبرأ الا بقبول من عليه الحق كما اورده
في التهذيب والاكثرون كما حكاه الرافعي وعليه يدل كلام الماوردي حيث قال انه يجري مجرى الضمان
وانه لا رجوع له بالحق قبل ادائه فلا يستقيم هذا البناء ومن عكس الماوردي هذا البناء وقال
اذا ضمن عن انسان دينا على شرط انه بريء منه فاذا صح كما هو قياس مذهب ابن سريج [illegible]
باطلا اعتبارا بظاهر اللفظ فـــرع على القول بالصحة هل يجب لازمه قبل قبض الحق
من المحال عليه كما في سائر الحوالات او لا يلزم الا ما يقبض منه وجهان حكاهما الامام عن العراقيين
والاصح الاول وهل له ان يرجع على المحيل في الحال مطلقا ان قلنا انه مجرد الحوالة نعم كما حكاه الرافعي
وعند القاضي ابي الطيب وابن الصباغ لا ما لم يغرم وان قلنا لا بد فاعتباره كالضامن مع المضمون عنه
في هذا وفي غيره من الاحكام كما ستقف عليه الا ان الاصحاب جزموا هنا بانه اذا ادى بالاذن بالرجوع
وان حكوا ثم وجها انه لا يرجع لان الحوالة تقتضي الالزام العقد ان مضمونها تحول الحق بحالته
بخلاف الضمان فانه مجرد وثيقة وان كان الماوردي قد جزم بعدم الرجوع وان المحال اذا ابرأ
المحال عليه يخرج على الخلاف فيما اذا ابرأت الزوجة الزوج ثم طلقها قبل الدخول كما حكاه
الامام عن العراقيين في شيء والذي جزم به الجمهور عدم الرجوع ولو احال المحال عليه المحال
على غيره نظر ان احال على من له عليه دين رجع في الحال وان كان على من لا دين عليه لم يرجع ما لم
يرجع عليه الذي احاله عليه ومقتضى هذا التفريع انه ان المحال له مطالبة المحيل والمحال

عليه كالضمان واعلم ان ههنا امرين لابد من التنبيه عليهما احدهما ان الشيخ جزم
ان الحوالة لا تصح الا بدين مستقر وعلى دين مستقر وفي هذا غنية عن قوله من بعد ولا تصح الا
على من عليه دين لانها اذا امتنعت مع وجود الدين ولا استقرار فمع عدمها اولى نعم لو كانت هذه
المسئلة متقدمة على تلك لم يرد السؤال الثاني ان ما ذكره من انه لا تصح الحوالة على
من لا دين عليه اذا جوزناها الا بدين مستقر وقد ظهر لك ان هذه الحوالة ضمان عند الجمهور وقال
ان يصح مما يجوز ضمانه ولا يشترط ان يكون له دين مستقر وبهذا يقوى ما ابداه الرافعي في الحوالة
قال ولا تجوز الا بمال معلوم لان بيع المجهول واستيفاءه غير جائز لما فيه من الغرر
والمراد بالمعلوم ههنا ان يكون معلوما بالصفات التي تعتبر في المسلم فيه سواء كان المال مثليا
كالدراهم والدنانير والحبوب وغير ذلك او غير مثلي كالحيوان والثياب وغير ذلك وفي غير المثلي
وجه انه لا تصح الحوالة به ولا عليه وفي الشامل وتعليق البندنيجي وغيرهما في باب بيع الطعام
حكاية وجه ثالث ان الحوالة لا تصح الا بالاثمان وقالوا انه ليس بشيء قال
وقيل تصح في ابل الدية وان كانت مجهولة الصفات لحصول المقصود من الجنس فان كان
المسئلة مصورة فيما لو اوضح راس انسان واوضح ذلك الانسان راس اخر فان الواجب له وعليه
خمس من الابل فاحال المجني عليه الجاني عليه بها على الجاني الاول هكذا علله بعضهم والذي حكاه
الشيخ ابو علي عن ابي اسحاق تخريجا من قول الشافعي في جواز المصالحة عليها موجها ذلك بان
العدد واللون ينصرفان الى اوسط ما يقع عليه الاسم فيصير الى معلوم وحكي في الاستقصاء ان الخلاف
في الصلح وجهين مخرجين من قولين نص عليهما الشافعي فيما لو جنت امراة على رجل موضحة
فزوجها وجعل تلك الابل صداقها قال ولا يجوز الا ان يتفق المالان الذي
[illegible] المحيل والمحال عليه متفقين في الصفة اي كالصحاح بالصحاح والمكسر بالمكسر والجيد بالجيد
والردي بالردي قال والحلول والتاجيل اي بحيث يكون الاجلان سواء لان الحوالة عقد
ارفاق كالقرض فلو جرت مع الاختلاف صار المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها وقيل
اذا قلنا انها استيفاء جاز ان يحيله بالحال على المؤجل وبالمؤجل الى شهر على المؤجل الى شهرين وبالصحيح
على المكسر وبالردي على الجيد ولا يجوز العكس وفي الوسيط عكس هذا لانه قال فاما بيع الحنفية

الا معاوضة فتمتنع الحوالة فيه ولو كان لا يمتنع الاستبدال بل يجب القبول فلا يشترط رضى
المستحق به ليسلم الصحيح عن المكسر والاجود عن الردي والحال عن المؤجل في بعض
الاحوال جازت الحوالة وان كان يفتقر الى الرضا المجرد دون المعاوضة ففيه وجهان وهذا ما
حكاه الامام عن شيخه حكاية وهو خلاف ما عليه الجمهور على القول بعدم الجواز لو قلنا
الحوالة قال في التتمة هي حوالة على من لا دين عليه وقد تقدمت واعلم ان الشيخ
اتى بما ذكره عن كثير التنبيه وفي المقنع لان الاجل اذا امتنع لكونه بفعله فسقط
بعدم او الزيادة المحققة اولى فرع لو كان له على رجلين الف على كل واحد منهما خمس مائة وكل
منهما ضامن لصاحبه ما عليه فاحال بالالف رجلا له عليه الف على انه يطالب بالالف من ايهما شاء قال ابو
العباس بن سريج فيه وجهان احدهما لا تصح الحوالة لانها زيادة في حقه لانه كان له مطالبة واحد فصار
له مطالبة اثنين ولان الحوالة بيع فاذا كان الحق على اثنين كان المعوض منه مجهولا فصار العوض مجهولا
وهذا ما اختاره القاضي ابو الطيب والثاني يصح ويطالب المحال عليهما ما كان يطالب المحيل وهذا ما
اختاره الشيخ ابو حامد وقال الزيادة التي تمنع اذا كانت في القدر او الصفة الا ترى انه يجوز ان
يحيله على من هو املى منه قال ابن الصباغ فلو احاله بدين لا رهن به على دين به رهن ينبغي ان لا
يصح وجها واحدا لان الرهن عقد وقع له فلا يقبل النقل الى غيره بخلاف الذي له على الضامن
لانه لا يقبل النقل ولهذا لو احاله به وحده جاز قال ولا يدخل فيها خيار
الشرط لانها اما بيع دين بدين ولا يدخله الخيار او استيفاء حق واستيفاء الحقوق لا
خيار فيه قال ولا خيار المجلس لانه عقد لا يثبت فيه خيار الشرط لاجل القبض فلم
يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح قال وقيل يثبت فيه خيار المجلس لما فيه من شائبة
المعاوضات فبنى الشيخ الوجهين فيه على الخلاف في انها بيع او استيفاء فقال ان قلنا انها
استيفاء فلا يثبت والا ثبت ومقتضى هذا ان يكون الصحيح المنع والذي حكاه الامام والرافعي
ان الصحيح مقابله ولذلك جعل القاضي الحسين هنا والشيخ ابو محمد على ما حكاه الامام في باب الخيار
وجه الثبوت في خيار المجلس لخيار الشرط قال انه الوجه ان لم يكن من الخيار بد فرع لو
احال على شخص بشرط ان يعطيه المحال عليه بالحق رهنا على المال ففي [illegible] او [illegible] باب الرهن

في صحة ذلك وجهين ذانهما مبنيان على انها بيع او عقد ارفاق فان قلنا انها بيع جاز والا
فالشرط باطل وفي بطلان الحوالة وجهان وقال بعضهم ان الخلاف مبني على انها بيع عين بدين او
بيع دين بدين فان قلنا بالثاني لم يصح اشتراط الرهن وان قلنا بالاول فلا يصح ولذا الخلاف يجري فيما لو
شرط ان يعطيه به ضامنا كما حكاه الامام عن تخريج ابن سريج مبنيا على القول بانها بيع وببيع
بانها استيفاء **قال** واذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وصار الحق في ذمة المحال عليه
وهو اجماع وفي تعليق القاضي ابي الطيب وعن ابي ثور انه قال لا يبرأ الا بالضامن ودليلنا ان الحوالة
مشتقة من التحويل فينبغي ان يعطى اللفظ حقه من الاستحقاق وليس كذلك الضمان فان اشتقاقه
من الضم ذمة الى اخرى فلذلك تعلق الحق بذمة الضامن وذمة المضمون عنه قاله القاضي وفي كلام
الامام في باب الضمان ما يمنع من اشتقاقه فانه قال وغلط من ظن ان الضمان من الضم فان النون
اصلية في الضمان قلت لكن الضامن يقع فيه معنى الضم وانما كان المحال لو ابرأ المحيل بعد الحوالة
لم يبرأ المحال عليه ولو لم ينتقل الحق وكان المحال عليه كالضامن لبرئ **فرع** لو شرط ان
لا يبرئ ذمته من المحال به حتى يقبضه وقبل احالة على من له عليه دين فهل يصح هذه الحوالة فيه
وجهان في الاستقصاء كالوجهين في صحة اشتراط الضمان بمال الحوالة **قال** فان تعذر
من جهته اي بفلس في الحياة او بموت المحال عليه معدما او بجحود وحلفه لم يرجع على المحيل
لقوله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع قال الماوردي وغيره ووجه
الدلالة منه من وجهين احدهما انه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة لانه ان
لم يصل الى حقه رجع به فلما اشترط الملاءة علم ان الحق قد انتقل بها انتقالا لا رجوع بعده فاشترط
الملاءة حراسة لحقه والثاني قوله فليتبع فاوجب بعموم الظاهر اتباع المحال عليه ابدا ايسر او
لم يفلس ومن جهة المعنى ان الحوالة تجري مجرى القبض لامرين احدهما انه صرف يجوز الافتراق
منه قبله ولولا انه قبض لبطل بالافتراق والثاني ان المحيل لو مات جاز لورثته اقتسام التركة
فدل هذا ان الحق مقبوض والمقبوض اذا تلف لم يستحق الرجوع بها كالاعيان المقبوضة وبهذا
يندفع سؤال من قال ان الحقوق المستقرة في الذمة تنتقل تارة الى ذمة اخرى وتارة الى عين
بالمعاوضة فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق الى الذمة الاولى وجب ان يكون

تلف

تلف الذمة بالموت قبل القبض كذلك ومن قال بان خراب الذمة اما ان يجري مجرى العيب
او الاستحقاق فان جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق الى الذمة وهذا ممنوع وان جرى
مجرى العيب كان مخيرا في الرجوع الى الذمة الاولى ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يشترط ملاءة
المحال عليه فيظهر معسرا او لا على ما حكاه المزني وقد حكي عن ابن سريج انه قال يثبت له
الخيار اذا شرط ملاءته فاخلف الشرط لانه لما رجع المشتري في المبيع في الغرور في العيب
وجب ان يرجع المحال عليه في الغرور باليسار وهذا ما اختاره الشيخ ابو حامد كما حكاه البندنيجي
وقال الماوردي وغيره انه خطأ والفرق ان اعسار المحال عليه قد يصل الضرر فيه من جهة المحيل
فلم يكن له الرجوع بما مع الغرور والعيوب قد لا يتصل اليها الا من جهة البائع فلذلك رجع
بها مع الغرور وفي النهاية حكاية وجه انه يثبت له الخيار وان لم يشترط ملاءته فان ذلك بمنزلة
العيب القديم وجعل هذا الخلاف يقرب من الخلاف في ان الحوالة هل تلحقها خيار المجلس والشرط
وهذا ما رجحه الغزالي والجمهور على خلافه **فرع** لو شرط في الحوالة الرجوع على المحيل بتقدير
الافلاس او الجحود ففي صحة الحوالة وجهان وان صحت ففي صحة الشرط وجهان حكاهما ابن كج
فرع لو بان ان المحال عليه عبد الغير فان كان عبد الاجنبي فان قلنا للمحال الخيار عند افلاس
المحال عليه فهنا اولى وان لم نثبته ثم فهنا وجهان اظهرهما المنع ليس بما يعد من ميسور
الامور بخلاف اليسار وان كان المحيل في الاستقصاء انه ان كان مأذونا له صحت ولا يجبر
السيد حتى يعطيه العبد مما في يده لانه بمنزلة الا ان له في القبض من قبله وان لم يكن مأذونا
فوجهان اصحهما انه لا يصح لانه لا ذمة للامر على العبد فهو كما لو احال على نفسه والثاني يصح من
العبد ويكون ضامنا وما قاله محمول على ما اذا لم يكن عليه دين ويسند خصوصا اذا
كان له عليه دين وفي النهاية ان صاحب التقريب قال ان كان العبد بتسوية يتعلق الدين بكسبه
وان لم يكن بتسوية فهي ذمته قال الامام وهذا خبط والوجه ان يقال العبد لا يتصور ان يكون
للسيد عليه دين يتعلق برقبته او بنسبه للابد اذا ملكه وله عليه دين سقط وعلى هذا فان لم يكن
كذلك فالحوالة باطلة ان لم نجوز الحوالة على من لا دين عليه وان جوزناها فهي ضمان وسيأتي
وان كان له عليه دين وقلنا لا يسقط بالحال صحت الحوالة وكان كما لو كان لاجنبي

قال وان احال البائع على المشتري رجلا بالمال اي الذي هو ثمن ثم خرج المبيع مستحقا
بطلت الحوالة ولو خرج العبد المبيع حرا لان الحوالة وقعت بالثمن وقد بان ان لا ثمن فان لم
يكن المحتال قد قبض المال فلا مطالبة وان كان قد قبضه فعليه رده والمراد بخروج المبيع مستحقا
ظهور كونه ملكا لغير البائع اما ببينة او بتصادق البائع والمشتري والمحتال وكذا ظهور حرية
العبد المبتاع فلو صدق العبد في دعوى الحرية البائع او المشتري وكذبهما المحتال لم تبطل
الحوالة الا ان يقام بينة عليها قال الرافعي وغيره وهذه البينة تتصور ان يقيمها العبد ولا
تتصور ان يقيمها المتبايعان لانهما كذباها بالدخول في البيع ولذلك ذكر الروياني قلت
وفيما قيل من اقامة البينة من العبد نظر لان المشتري اذا صدق العبد في دعوى الحرية عتق عليه
ولا يتوقف عتقه على تصديق المحتال فلا دعوى له عليه غير مسموعة وقيمته من طريق الاولى وقد
وقعت في تعليق القاضي ابي الطيب على صورة المسئلة بما اذا اشترى عبدا بالف وقبضه ثم باعه واحال
على المشتري للاول البائع منه بالالف رجلا ثم تصادق البائع الاول والمشتري منه على ان
العبد حر ولم يصدقهما المشتري الثاني فان كان اطلاق الاصحاب محمولا على هذه الصورة فقد ارتفع
الاشكال بان العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته والله اعلم وللبائع والمشتري عند عدم البينة
تحليف المحتال على نفي العلم فان حلف بقيت الحوالة في حقه وله اخذ المال وهل يرجع المشتري
على البائع المحيل قال في المهذب لا لانه يقول ظلمني المحتال بما اخذ والمظلوم لا يرجع الا على
من ظلمه وقال الشيخ ابو حامد وابن الصباغ والشيخ ابو علي يرجع لانه قضى دينه باذنه فعلى هذا يرجع اذا
دفع المال الى المحتال وهل يرجع قبله فيه وجهان فان نكل المحيل حلف المشتري ثم ان جعلنا
اليمين كالاقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبينة فالحكم كما لو حلف قلت وفي هذا
اشكال ظاهر من وجهين احدهما ان سماع الدعوى من البائع على المحتال بماذا وانه يعترف بوقوع الحوالة
... مطالبة والاخر ... عند المشتري حتى اذا بطلت الحوالة رجع الثاني ان
تحليف المشتري مع ... مع القول ... لا معنى له اذ لا يترتب عليه شيء ... الا ان
يحلف كما ذكر الاصحاب في غير هذا الموضع وطريق الجواب عن دعوى البائع ان يقال البائع
له ... عليه ان حال على ... على الصحيح ... ويدعي عليه استحقاقه

حكم

حكم ببطلان الحوالة بسبب حرية العبد الذي احاله بثمنه والله اعلم قال
وان وجد بالمبيع عيبا ورده لم تبطل الحوالة لان ... للحوالة اشتغل ملك البائع عن
المشتري الى المحتال بل يجب للمشتري ابطال ذلك بالرجوع كما لو كان الثمن عينا فباعها
اجنبي قال بل يطالب المحتال المشتري بالمال لبقاء ملكه عليه ويرجع
المشتري على البائع به اي بمثله كما يقول ذلك فيما لو كان الثمن عينا وقد خرج عن ملكه
وهذا الذي ذكره الشيخ هو الصحيح في الطريق وادعى ابن الصباغ والقاضي ابو الطيب اتفاق
اجماع الاصحاب عليه وفي النهاية ان منهم من الحق هذه الصورة بالتي قبلها وعلل بان الحوالة وان
... فانها ... الفسخ والسبب ... لا يزول ... قال وهذا وان كان
منقاسا فهو غريب حكاه العراقيون والقاضي وغيرهم قلت وهو حكاية عن العراقيين
والقاضي ابي الطيب في شرح الفروع لابن الحداد وحكى فيما اذا احالت الزوجة على الزوج بالصداق
مطلقها قبل الدخول وقبض المحتال ان من اصحابنا من قال لا يرجع الزوج عليها بشيء ويدفع
اليها الزوج نصف الصداق وان الصحيح ما قال ابن الحداد وهو انه يرجع عليها بنصف الصداق
ثم لا فرق على الصحيح بين ان يكون المحتال قد قبض المال او لم يقبضه وفيه قول انه لا يرجع عليه
ما لم يقبضه وله مطالبته بقبضه على الصحيح قال وان احال المشتري البائع
بالثمن على رجل ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فان كان بعد قبض المحتال لم تنفسخ الحوالة
لانها تمت بالقبض المحصل لبراءة ذمة المحال عليه قال بل يطالب المشتري البائع
بما قبض اي بمثله ولا يتعين حقه في المقبوض لصحة الحوالة وهذا ما على الرافعي ان العراقيين
صرحوا به ... على ... الاصحاب من خرج ذلك ... على الخلاف فيما لو وجد فسخ البيع
ولم يقبض المال بعد وعلى ذلك جرى البغوي والمتولي وغيرهم قلت والكلام الذي ... ابن الصباغ
يدل على ذلك ... قال اذا قبض المال برئت ذمة المحال عليه وهل يرجع المشتري على البائع
بالثمن المسمى او بما قبضه من المحال عليه فيه خلاف ... والوجه الرجوع بما قبض من
المحال عليه الا اذا قلنا بان الحوالة انفسخت ولهذا قال الاصحاب اذا قلنا بالانفساخ
وجب عليه رد المال المقبوض الى المشتري وانه لو رده على المحال عليه لم يسقط طلبه
المشتري عن البائع

قال وإن كان قبل قبض الحق فقيل ينفسخ لأن الحوالة وقعت بالثمن فإذا انفسخ
خرج المحال به عن أن يكون ثمنًا فإذا خرج عن أن يكون ثمنًا ولم يتعلق حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة
وبهذا فارقت هذه المسألة المسألة قبلها وهذا ما حكاه المتولي في المختصر وجزم به أبو إسحق وابن
أبي هريرة وأبو الطيب بن سلمة والرافعي صححاه على ما حكاه الماوردي فعلى هذا ليس له قبض المال
ولو قبضه لم يقع عنه وفي وقوعه عن المحيل وجهان عن الشيخ أبي محمد وأصحهما لا قال
وقيل لا ينفسخ لأنه تصرف في أحد عوضي البيع قبل الرد فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو أحال عنه
ثوبًا وهذا ما حكاه أبو إسحاق في الشرح عن نقل المزني في الجامع الكبير وجزم به أبو علي الطبري
في الإفصاح وحمل ما حكي عن المزني في المختصر على الخطأ وتابعه على الجزم به ابن الحداد والأكثرون
من الأصحاب كما قاله القاضي في شرح الفروع وقال إنه الصحيح والقائلون بالطريق الأول منهم من
حمل ما حكي عن نصه في الجامع الكبير على ما إذا كان حدوث العيب ممكنًا بعد القبض فكان
القول في حدوثه قول البائع مع يمينه فيقبل عن الثمن ويرد على المشتري بحلفه وإسحق
الرد بالحوالة فإنه لا تبطل لأن الحوالة تبطل بإنكار المحيل والمحال عليه كما لو تماها بهما
وإذا أنكر البائع تقدم البيع صار مقرًا ببطلانها أو تطلب قول المحال وحده وهو المشتري حتى وما
قاله في المختصر محمول على ما إذا كان البيع مشهودًا ولا يمكن حدوث مثله بعد القبض وهذه طريقة
أبي إسحاق وقال القاضي أبو حامد المروزي طلبت ما نسب إلى المزني في الجامع الكبير فلم أجده
بل وجدت فيها خلاف ذلك ولذلك قال الماوردي إن هذه الطريقة أسوأ الطرق وعلى
هذا له مطالبة المحال عليه وقبض الحق منه وهل يرجع على البائع بالثمن قبل القبض فيه وجهان
أشبههما عند الإمام الرجوع والأصح عند الصيدلاني أنه لا يرجع فعلى هذا له مطالبته
بتخليصه على الأصح وبه جزم في النهاية أن الجمهور جعلوا الإطلاق المنقول عن المزني ونسوه
بنى على أن الحوالة استيفاء أو معاوضة فإن قلنا إنها استيفاء انفسخت الحوالة لأنها على هذا
ارفاق ومسامحة فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق التابعة له كما
إذا اشترى بمكسرة وتطوع بأداء الصحاح ثم رده بالعيب فإنه يسترجع
الصحاح وإن قلنا إنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عنه عينًا ثم رد المبيع بالعيب

فإنه

فإنه لا يسترد العين على أن القاضي أبا الطيب والروياني منعا الكلام في هذه المسألة وجعلاها
كمسألة الحوالة والذي رجحه القاضي ابن كج والغزالي من القولين قول الانفساخ ثم اعلم
أن محل الخلاف بالاتفاق فيما إذا كان الرد بعد قبض المبيع أما إذا كان قبله فمنهم من جزم
بالانفساخ ومنهم من طرد الخلاف وهو الأصح وفي الحاوي تخصيص محل القولين في انفساخ
الحوالة بما إذا وقع الرد بالعيب بحكم حاكم أو وافق المحال على أن ما وقعت الحوالة به هو الثمن
أما إذا لم يوافق على ذلك ووافق على وقوع الفسخ البيع بينهما من غير حاكم فلا تبطل الحوالة وجهًا
واحدًا وحكم الفسخ بسبب الإقالة والتحالف وغيرهما حكم الفسخ بالعيب وعلى رأي
الماوردي ينبغي أن لا يجري في الإقالة كما إذا توافقا على الرد بالعيب من غير حاكم من طريق
الأولى وقد ألحق الإمام وغيره بذلك فسخ النكاح بالعيب وانفساخه بالردة والرضاع
إذا كان الدين المحال به صداقًا وأجري أيضًا فيما إذا طلق الزوج قبل الدخول ومنهم من
جعل الخلاف في ذلك مرتبًا على الخلاف في غيره وأولى بعدم الانفساخ وهو ما جزم به ابن الحداد
والفرق أن الطلاق بسبب حادث لا يستند إلى ما تقدم بخلاف الفسخ لأن الصداق [illegible]
غيره ولذلك لو زاد زيادة منفصلة لم يرجع في نصفها بخلاف ما إذا كان في البيع
قال وإن اختلف المحيل والمحال فقال المحيل وكلتك في القبض وقال المحال بل
أحلتني تقدم الكلام على هذه المسألة وهي إذا قال رجل لمن لا حق له عليه أحلتك على فلان
بمالي عليه كانت وكالة في جميع أحكامها صرح بذلك صاحب الاستقصاء وغيره وحكاه
المتولي عن ابن سريج ثم قال وهذا على طريقة من ينظر إلى المعنى عند استعمال اللفظ في غير
موضوعه أما على طريقة من يعتبر اللفظ فلا ينعقد وكالة وعلى الأول إذا جرى مثل هذا
اللفظ مع من له عليه دين وقال قبلت ثم اختلفا وهي صورة مسألة الكتاب فقال المحيل أردت
الوكالة وقال المحال بل الحوالة قال فالصحيح أن القول قول المحيل لأنهما
اتفقا على ملك المحيل للدين والمحال يدعي انتقال الدين إليه وبراءة ذمة المحيل به
والأصل عدمه ولفظ الحوالة كما يستعمل في نقل الحق يستعمل في نقل المطالبة وهذا
ما ذهب إليه المزني والأكثر من الأصحاب كما حكاه الرافعي قال وقيل القول قول

المحال لان ظاهر اللفظ وافق دعواه فكان حمل الكلام على ما يقتضيه ظاهر اللفظ اولى من
حمله على ما يخالفه وهذا ما ذهب اليه ابن سريج وحكى الرافعي عن القاضي الحسين القطع به وانه حمل
ما نقل عن المزني على ما اذا اختلفا في اصل اللفظ فقال المحيل وكلتك بلفظ الوكالة وقال المحال
بل بلفظ الحوالة وارد بها فان القول قول المحيل بلا خلاف والذي رايته في تعليقه تصحيح
القطع به وفي تعليق البندنيجي ان ابن سريج حكى الوجهين وقال ان اصلهما القولان فيما
اذا ضرب ملفوفا فقده نصفين ثم اختلف هل كان ميتا او حيا فان قلنا القول قول الجاني لان الاصل
براءة الذمة وكذلك هنا الاصل بقاء حق المحيل في ذمة المحال عليه فالقول قول المحيل احلتك
على زيد حقيه في تحويل الحق اما لو قال احلتك على فلان بما لك علي فلا خلاف في ان هذه
حوالة صريح به في الاستقصا وغيره وفي النهاية ان منهم من اجرى ذلك وجها تاويلا وهذا
لا يجوز ان يعد به خلاف التفريع ان قلنا بقول ابن سريج فلا يخفى حكمه وان
قلنا بقول المزني فان كان المحال لم يقبض الحق بعد لم يكن له قبضه ولو قبضه فهل يكون مضمونا
عليه فيه وجهان قال الماوردي بناهما على اختلاف اصحابنا في ان هذه وكالة فاسدة
او حوالة فاسدة فان قلنا وكالة فاسدة لم يضمن والا ضمن وان كان قد قبضه برئ المحال عليه
الرافعي عن الامام روايته وجها ضعيفا عن صاحب التقريب انه لا يبرأ والذي حكيته من كلام الامام
ما حكاه عن الماوردي من قبل حكى الصحيح ان كان المال باقيا اخذه المحيل منه وهل يرجع عليه
المحال بشيء فيه وجهان احدهما في السلسلة والتتمة وغيرهما انه لا يرجع واختيار الشيخ ابي حامد انه
وان كان تالفا فلا شيء له لان المحيل يقول هو على ملكي في يد المحال ويقول هو لك بحقك الذي
احيته من حقي فيا بل وان قال المحيل احلتك وقال المحال بل وكلتني وحقي باق عليك فالظاهر
ان القول قول المحال لانهما توافقا على شغل ذمة المحيل وهو يدعي براءتها بالحوالة والاصل
بقا الشغل وهذا قول المزني وقيل القول قول المحال اعتبارا بالظاهر كما مر ذكره وهذا
قول ابن سريج قال الرافعي وحكى عن القاضي الحسين القطع به التفريع ان قلنا بمذهب المزني
نظر فان لم يكن المحال قد قبض المال لم يكن له قبضه ويرجع على المحيل بحقه وهل للمحيل ان يرجع
بما احال به على المحال عليه الظاهر فيه وجهان وان كان قد قبضه وهو باق فيلا للمحال عليه

في حقك وفي الوسيط حكاية وجهين احدهما انه يطالبه بحقه ويرد المقبوض اليه والثاني
بما ذكرناه وان كان تالفا نظر ان كان بتفريط منه كان من ضمانه وان كان بغير تفريط فلمن
ضمان المحيل وحق المحال باق في ذمة المحيل جزم به الماوردي وفي تعليق البندنيجي رواية وجه ان
المال يتلف من ضمان المحال وانه ليس بشيء ووجهه الامام بعد حكايته عن رواية صاحب التقريب
بانا انما جعلنا القول قوله لان الاصل بقا طلبته على الاخر وهو يدعي استيفاه فاذا ال الامر
الى الغرامة فالاصل ان ماله لا يلزم امانة الا ان يقر بها ومن تلف في يده مال غيره فالاصل
انه يكون مضمونا عليه وان قلنا بمذهب ابن سريج فحلف المحيل قال القاضي ابو الطيب بالله
لقد احلته وما وكلته فيبرأ في الظاهر من الدين ثم ينظر فان لم يكن قبض المال من المحال عليه
فله مطالبته به في الظاهر وان في الباطن لا يجوز له لانه يقول انه مخالف فلم يكن مطالبته بالحوالة وهو مقر بانه
وكيل وان له مطالبته بالوكالة فلم يكن ثم ما يمنع من المطالبة به فرعان احدهما
اذا كان لرجل على رجل الف درهم فطالبه به فادعى انه احاله به على فلان الغائب فالقول قول رب
الدين فان اقام المدعي بينة للحوالة سمعت وسقطت للحوالة عنه ولا يقضي بها للغائب على من له
الدين لان القضا للغائب لا يجوز وان حضر الغائب وادعى احتاج الى بينة حتى يقضي له بها
كذا قاله القاضي ابو الطيب وفي الزوائد حكاية عن ابن سريج انه لا حاجة عند حضوره الى اقامة
البينة لانه انما يدعي بالحوالة على المحال عليه وهو معترف له وهذا ما ابداه في الاستقصا
احتمالا وقد حكى الرافعي ما ذكرناه اولا واخرا وجهين الثاني اذا احال رجل
من له عليه دين على زيد به ثم قبضه ثم اختلف زيد والمحيل فقال زيد لم يكن لك
عندي شيء ولي الرجوع عليك بما دفعته فقال المحيل بل كان لي عليك فالقول قول زيد
مع يمينه وله الرجوع على
صرح به صاحب الزوائد وغيره والله اعلم

باب الضمان

الضمان ماخوذ
من التضمين ومعناه تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه مع بقائه في ذمة من عليه واشتقاقه
ضم ذمة الى ذمة وهو مصدر ضمنه اضمنه ضمانا اذا الغلته ويقال ضمن الشيء ضمنه
ضمنا وضمانا وضمنته اياه اي اغلته والضامن يسمى الضمين والحميل بفتح الحاء والزعيم

والكفيل والضمين قال الماوردي غير ان العرف جار بان الضمين مستعمل في
الاموال والحميل في الديات والزعيم في الاموال العظام والكفيل في النفوس والصبير في الجميع
والضمان يصح بكل واحد منها ويلزم والاصل فيه قبل الاجماع من الكتاب قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم وذلك يدل على مشروعيته عند من يقول في الجملة عند من يقول ان شرع من قبلنا
شرع لنا وهو ما روى الترمذي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الزعيم غارم وذلك يدل على
مشروعية الضمان وقال انه حسن صحيح وروى ابو سعيد الخدري عن جنازة اتي بها الى النبي
صلى الله عليه وسلم فقال هل على صاحبكم من دين قالوا نعم درهمان قال صلوا على صاحبكم فقال علي
هما علي يا رسول الله وانا لهما ضامن فصلى عليه ثم قال له جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك
كما فككت رهان اخيك وقد روي عن ابي قتادة انه ضمن عن ميت دينارين وفي البخاري انه اتي
بجنازة فقيل يا رسول الله صل عليها فقال هل ترك شيئا قالوا لا قال هل عليه دين قالوا ثلاثة
دنانير فقال صلوا على صاحبكم قال ابو قتادة صل عليه يا رسول الله وعلي دينه فصلى عليه قال جابر كان في
ابتداء الاسلام لا يصلي النبي صلى الله عليه وسلم على جنازة عليها دين حتى كانت في الاموال فلما
لان صلاته توجب المغفرة ودين ليس عنه وفاء وهو عليه السلام مشفع في امته والدين مانع
عليها فلما كثرت الاموال نسخ ذلك فقال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته ومن
خلف كلا او دينا فكله الي ودينه علي فصلى رسول الله وكل امام بعده تعالى وعلى كل
امام بعده واختلف العلماء على ما حكاه الماوردي في معنى قوله عليه السلام من خلف مالا فلورثته
ومن خلف كلا او دينا فعلى كل وجهين احدهما ابدا دامت وعليه دين قضاه من مال الصدقات من
سهم الغارمين ومن مات ولا دين عليه وله مال كان لورثته والثاني ان من ترك مالا
وما لا تعلق الوصايا والديون به فمن احب ان يجعل عليه حتى يصير مع ماله تركه الى ورثته وبالعصبات
الثاني احد من لم يوجب من اصحابنا على الائمة قضاء ديون الموتى واذا قلنا ان ذلك حتما على النبي
صلى الله عليه وسلم فهو الاصح في النهاية فهل كان اول فيه ما النكاح ومن قال منهم انه يجب على الائمة
ذلك من سهم المصالح تمسك بظاهر الخبر ويمنعون بالمعنى الاول وقد اجمع المسلمون
على اصل الضمان وان اختلفوا في التفصيل قال ـــ ومن صح تصرفه في ماله

ضمن

بعينه صح ضمانه اي سواء كان المضمون عنه حيا او ميتا اما اذا كان ميتا فللحديث واما اذا
كان حيا فلما روى عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تحمل عن رجل عشرة دنانير
فردها النبي صلى الله عليه وسلم وروي ان قبيصة بن مخارق الهلالي تحمل حمالة فاتى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال نؤديها عنك يا قبيصة قال فيه عليه السلام حرمت المسالة او قال لا تحل المسالة الا
لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسال حتى يقبضها ثم يمسك وفي تعليق القاضي عن ابي الحسين ان من
الاصحاب من لم يصحح ضمان الاخرس بالاشارة قال لانه لا ضرورة بنا اليه بخلاف سائر التصرفات
وانه لو ضمن بالكتابة كان في الصحة ايضا وجهان اظهرهما الصحة عند وجود القرينة المشعرة
بالمقصود قال ـــ ومن لا يصح تصرفه في المال كالصبي والمجنون اي ومن في معناهما
من مغمى عليه او مبرسم او سكران بغير محرم قال ـــ والمحجور عليه بالسفه لا يصح ضمانه لانه
ايجاب مال بعقد فلم يصح ممن ذكرناه كالبيع اما السكران المحرم فقد تقدم الكلام في تصرفه فانه
في باب الحجر وسياتي في كتاب الطلاق وقد قال الماوردي فيها ان ضمانه باطل وعن السفيه
احترز المصنف بقوله بسفه لانه يصح تصرفه في ماله بطلاقه ولو على الاصح واحترز عنه العراقي
بقوله ولكونه من اهل الشرع وهو ما حكى اليه الامام فانه قال المحجور عليه ان يصح ضمانه
عن اذن وليه فضمانه مردود ومن قبل انه يبرع ومن عاملة المبذر مردودة ولا يصح من الولي
الاذن فيها وقد اعترض عليه الرافعي بانه انما يكون تبرعا اذا كان في صورة لا يثبت فيها الرجوع
اما اذا كان في صورة يثبت فيها الرجوع فهو اقراض لا محض تبرع ويدل عليه انه اذا ضمن في مرض
الموت بغير اذن من عليه الدين فهو محسوب من ثلثه وان ضمن باذنه فهو محسوب من راس المال
وبعدما ان لم يكن تبرعا فلا يصح من المحجور عليه فانه ان نفذه الولي فلم يكن له ذلك في البيع قلت ـــ لزم
ما ذكره الامام ظاهر الصحة وفيما اعترض به الرافعي عليه نظر من جهتين احدهما ان اطلاق
الضمان باذن في الصورة التي يثبت فيها الرجوع ولكن يتلك بل الا كما هو القرض وجوابه
انه تجوز فعبر عنه بما يؤول اليه الامر قوله وفيه اذا اذن فيه الولي فان ولاية في البيع
لا يظهر صحته فانه قد قرر انه قرض نقص مال السفيه لا يجوز الا لضرورة فا لعدم
لوقوعها لا تعرى في حال الضمان انه كان صبيا او مجنونا واحتمل ما يقوله فالقول قوله

ويعتبر ثم إذا ادعى الجنون أن يعهد له جنون سابق أو يقوم عليه بينة هكذا أطلقه الأصحاب هنا
وقد حكى الغزالي قبيل كتاب الصداق فيما إذا زوج أمته ثم ادعى أنه زوجها في حال جنونه أو في
صباه واحتمل ما يقوله وجهين في قبول قوله ويجريان مثلهما أيضا هنا قال
والمحجور عليه بالإفلاس يصح ضمانه أي وإن لم يصح تصرفه في ماله بنفسه ويطالب به إذا
انفك الحجر عنه أي وله مال إذ ذاك لأن الحجر عليه لحق الغرماء ولا ضرر عليهم في الضمان فيصح منه
ومقتضى الوجه الذي تقدم في أن المحجور يصح تصرفه في نفسه أنه لا يصح ضمانه كما لا يصح شراؤه في
ذمته قال والعبد لا يصح ضمانه بغير إذن سيده أي للمال دون البدن لأنه إثبات مال في
الذمة بعقد فلم يصح من العبد بغير إذن سيده كالنكاح وهذا ما ذهب إليه ابن سريج ونقله
الاصطخري وجعله القاضي الحسين في تعليقه هنا والإمام في كتاب الرهن المذهب والرافعي أصح الوجهين
وكلام القاضي أبي الطيب في تعليقه يقتضي ترجيحه كما سنذكره قال وقيل يصح ويتبع به أي يطالب
به وهو بضم الياء المثناة فوق المشددة إذا عتق أي وأيسر لأن الحجر عليه لحق السيد والسيد
لا ضرر عليه في الضمان وهذا الوجه قال العبد لا يصح إلا بقبول إقراره إذا المرتهن على السيد صرح فيه هذا
قوله أي هو ما حكاه الماوردي وغيره وقال الرافعي إنه مع الأول مخرج من تخريج ابن سريج وأن
أبا إسحاق قال به وقد حكى الغزالي أن العراقيين حكوا شراء العبد بغير إذن سيده في صحة الذمة
بشراء المفلس وكذا حكاه القاضي أبو الطيب في باب السلم وقضية ذلك أن يكون الصحيح جوازه وقد
ذكر هنا أن الصحيح عدم صحة الضمان بغير إذن السيد مع أنه في الوصية يستقل به مما لا ضرر على
السيد فيه في الحال فكان الضامن المضمون له قد صار إلى تصحيحه صاحب المرشد
والإمام في النهاية وهو الذي يقتضيه كلام ابن الصباغ فإنه احتج بما ذكرناه القاضي
أبو الطيب على القائل بهذا القول سوى أنه قال فإن قيل الضمان إضرار بالسيد لأنه يستحق
إرث ماله بالولاء إذا أعتقه وثبوت الدين يمنع الإرث وأجاب بأن حق الإرث لا يمنع الضمان
كما في حق المالك ولهذا لا يمنع الإقرار والملك يمنع الإقرار فيه ويمكن أن يفرق بين الضمان والبيع
من قال بصحة القول بعدم صحة الضمان فإن السيد وإن تضرر بتعلق الثمن بتركته بعد عتقه فقد
انجبر ذلك بحصول المبيع في ملكه عاجلا بخلاف الضمان فإنه لا جابر له خصوصا إذا كان بغير إذن

المضمون

المضمون عنه لا عاجلا ولا آجلا على أن من حكى عن العراقيين أن شراء العبد يلحق بشراء المفلس
وهو القاضي أبو الطيب قد حكى هنا أن شراءه واقتراضه يلحق بضمانه ولذلك حكاه السنجي وطرده في
عقود المعاوضات كلها من الصلح والإجارة وغيرهما إلا النكاح فإنه لا يصح وجها واحدا وما
قاله يشكل بما ذكرناه من الفرق قال ويصح بإذنه أي بإذن سيده كما يصح نكاحه ويتبع به إذا عتق
أي إذا لم يعين له السيد ما يؤدي منه بل أطلق الإذن له لأن الإذن المطلق لا يقتضي ما يقتضي إلزام
السيد شيئا والعبد فلا ملك له فصار كضمان المعسر قال وقيل يؤدي من كسبه أو من مال التجارة
إن كان مأذونا له فيها لأن الضمان يقتضي في النكاح المهر والنفقة ولو أطلق الإذن له في النكاح
تعلق المهر والنفقة بما ذكرناه فكذلك لإطلاق الإذن في الضمان وهذا ما أجاب به في المرشد
وجعله القاضي الحسين في الأولى ظاهر المذهب وحكى الماوردي أنه قول أبي علي الطبري وصححه
الرافعي والإمام فيما إذا كان العبد مأذونا له في التجارة أن الخلاف فيه مبني على الخلاف في
غيره وأولى بأن يتعلق بما في يده لأن ظاهر الحال يشعر بذلك وقيل يتعلق الغرم برقبته والقائلون
بالأول فرقوا بين ما نحن فيه وبين المهر والنفقة فإنهما كانا عوضا عن الاستمتاع المحل فلذلك
عجل الإطلاق والضمان وأيضا فإنه لا يرد على الإذن له في الشراء ولو أطلق بالإذن كان الثمن في ذمته
دون كسبه كما قاله الماوردي فكذلك الضمان على أن في كلام الإمام وغيره ما يشعر بأن الإذن في
المعاملة يتعلق بما ذكرناه وجها واحدا ولا يحسن الإلحاق فرع إذا قلنا يتعلق بمال
التجارة فهل يتعلق بما يحصل بعد الضمان أم لا وبما في يده من الربح الحاصل من قبل وجهان وبرأس
المال ثمة طريقة أوجه أقيسها المنع وهو الذي يقتضيه إطلاق البيع ومحل الخلاف إذا لم يكن على
المأذون دين فإن كان عليه فكلام الشيخ يقتضي أنه إذا كان قد حجر عليه الحاكم فلا يتعلق بما في يده وجها
واحدا وإن لم يكن قد حجر فثلاثة أوجه أحدها أنه يتعلق بها ويشارك الغرماء والثاني
لا يتعلق بما في يده أصلا لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء والثالث أنه يتعلق بما فضل لأن حقوق
الغرماء مستقرة لا تنقلب ولو ضمن بدون الضمان كما صرح به الإمام وفي حكم المدبر وأم الولد
حكم القن ومن بعضه حر وبعضه رقيق كذلك إلا أن يكون بينهما مهايأة وكانت ووقع الضمان
في نوبة السيد قال الرافعي وكان يجوز أن يقال التزامه بالضمان كالتزامه بالشراء فيصح في حصة

ويجوز ان يخرج على الخلاف في المؤن والاكساب النادرة هل يدخل في المهاياة ولو ضمن
في نوبته صح بلا خلاف وفي نوبتها هي المجسمين فيما اذا لم يكن بينهما مهاياة في صحة ضمانه وجهان
مبنيان على انه هل يتعلق بعينه ام لا ان قلنا يتعلق صح قال وان قال للمادون له
اضمن في مال التجارة لزمه لقضائه لان المنع كان لعدم استلزام اللفظ ذلك وقد صرح به
قال الا ان يحجر عليه اي فلا يلزمه لان حقوق الغرماء متعلقة به وهي سابقة فقدمت وفي
الحاوي حكاية خلاف في المسألة واما اذا لم يقل شيئا على ان العبد المادون هل هو محجور عليه بالنسبة الى
الغرماء كما هو محجور عليه بالنسبة الى السيد وفيه وجهان لابن سريج فان قلنا انه محجور عليه بالنسبة
اليهم لم يقض من مال التجارة وانما ... وان قلنا انه غير محجور بالنسبة اليهم ... المعمول
به على الاول في صحة ضمانه وجهان احدهما انه باطل لانه صرفها الى جهة لم يبق بها الرجوع والثاني
ان ضمانه جائز فعلى هذا فيه وجهان احدهما انه يقضي فيما اكتسبه بعد الضمان وفيما فضل من المال الذي كان
بيده قبل الضمان والثاني انه يكون في ذمته يتبع به اذا اعتق ولو عين مال التجارة عن الوفاء فالمضمون حيث لا
دين على العبد فكالمادون يتعلق بما فضل ... مما يستعمل من كسبه قال ... الحر لو قال ضمنت لك
مالك على فلان في هذا المال لم يصح لان حقيقة الضمان الشغل ولم يوجد وقد يحتم ضمان العبد فيما في يده من
مال التجارة بالذي بيده فاي فرق بينهما قلنا لا نسلم ان الضمان المعين لا يصح فان القاضي ابن ... صححه
سعق علمه في العارية وان سلمنا عدم الصحة فيقول لا فرق بينهما فان الصحيح فيما بيده عين متعلق ومن ذمته
فانه لو صرح بذلك لم يصح لانه ذمة في الحر ... في ذمة العبد والمال يعين للاداء فاما السيد فحجر ... لو قال
الحر ضمنت لك ما في ذمة زيد على ان اؤديه من هذا المال فانه يصح ويلزم على مقتضى ... ان القاضي حسين جزم في هذه
الصورة التي استشهد بها بالبطلان لكن فرق بين الحر والعبد بان الحر ذمته واسعة وجهات اداء المال
متعددة فاذا اشترط هذا انكون حجرا على نفسه فلم يجز بخلاف العبد فليس له جهات ... ولا الذمة
سليمة فتعلق بها المضمون **فرع** اذا ضمن العبد السيد واذى ... فيحق الرجوع حيث
ثبت للسيد وان اداه بعد العتق فحق الرجوع للعبد على اصح الوجهين وفي الثاني هو للسيد
ورجع حاصل الخلاف الى ان العبرة بحال الضمان او بحال الاداء وعلى ذلك يخرج ما لو ضمن ...
سبيله فاداه بعد العتق فان قلنا هو الرجوع للسيد لم يرجع عليه لانه صار كما قال القاضي ابو

حامد

حامد وانه وان قلنا انه للعبد فقد صار الدين سريج وعلى ما اشترط الحدر المشتري يخرج ما لو
ضمن السيد عن عبده مالا فاداه بعد عتقه فهل يرجع ... كما صرح به الماوردي فعلى رأي ابي العباس
يرجع اعتبارا بحال الاداء وعلى رأي القاضي ابي حامد لا يرجع اعتبارا بحال الضمان فان الانسان
لا يثبت له على عبده دين ابتداء وفي الجر الجزم في هذه الصورة بالرجوع وحكي ان رأي الاصحاب فيما لو ادا
قبل العتق انه يرجع وانه يظهر ان حيث ان ... دين للسيد على عبده في دوام الرق ولو ضمن
بسلم لم يصح وفي الحاوي حكاية عن ابن سريج انه يصح ويطالب به اذا عتق ثم قال ان كان ابن سريج ... بما لعبه
السيد لعبده مثل ما يقوله في الضمان فقد جرى على القياس وان كان يقوله وحده وان كان يمنع ما يعمه
فقد ناقض وفسد مذهبه قال واما المكاتب قبل الاداء فهو والعبد القن لقوله
عليه السلام المكاتب قن ما بقي عليه درهم فان اذن له فعنه قولان اي مبنيان على تبرعاته وفيه
خلاف محل ذكرها باب الكتابة وان قلنا بصحته صار كالعبد اذا ضمن باذن سيده فيما بيده وان قلنا لا يصح
اتبع بما ضمنه اذا عتق واستمر ... فانه ... صحة الضمان لا الاداء مما في يده ... القن
... القن عند اهل اللغة العبد المملوك هو وابواه قاله الجوهري ويستوي فيه الواحد والاثنان
والجمع والمؤنث قال وربما قالوا عبيد اقنان ثم يجمع على اقنة وفي اصطلاح الفقهاء الرقيق الذي لم يحصل
فيه شيء من اسباب العتق ومقدماته بخلاف المدبر والمكاتب والمستولدة والمعلق بصفة قال
والاصح اشتراط معرفة المضمون له لان الناس متفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديدا
وتسهيلا والاغراض تختلف بذلك فلذلك اشترط معرفته كما شرطت معرفة قدر الدين لاختلاف
الغرض به وهذا ما ذهب اليه ابو علي بن ابي هريرة من عدم اشتراط معرفة المضمون عنه واختاره في
المرشد وصححه الرافعي وحكى السبكي انه المنصوص عليه في اختلاف العراقيين وهل يشترط معرفة
المضمون عنه لينظر هل هو ممن يستحق اسداء الجميل اليه والمعونة ام لا وهل هو موسر وممن يسرع
منه المسارعة الى وفاء الدين او لا وذلك مما يختلف الغرض به وهذا قول المزني وقيل لا يشترط
معرفة واحد منهما وهو قول ابن سريج لان عليا وابا قتادة ضمنا دين من لم يعرفاه مع قوله ولم
حاجة ... ومن تخرجه عن معروف كذا قاله ... في معانيه حمل ... احوال
المضمون عنه كان من اهل الصفة واستدل له القاضي ابو الطيب من حديث علي وابي قتادة بانه عليه السلام

لم يسالها عن معرفتهما بصاحب الدين ولا بالميت المضمون عنه ان قلنا باشتراط معرفة المضمون
عنه فلا خلاف في عدم اشتراط رضاه وان قلنا باشتراط معرفة المضمون له فالذي جزم به الشيخ فهل
يشترط رضاه او لا يشترط واحد منهما فيه ثلاثة اوجه مجموعة من كلام الماوردي وغيره كما
سيظهر لك احدها ان تمام الضمان موقوف على قبوله في الحال لان الضمان عقد وثيقة يفتقر
لفظ الضامن بالضمان فافتقر الى لفظ المضمون له بالقبول كالرهن وهذا ما نسبه الشيخ الى
ابن سريج وكذلك الماوردي وقال ان ابا علي الطبري صرح بهذا القول في افصاحه وهو الذي جزم
به المحاملي والثاني حكاه ابن ابي هريرة عن بعض شيوخه على ما حكاه الماوردي ان رضاه شرط دون
القبول باللفظ لانه لو كان شرطا لاعتبرت المراجعة فيه وقد ضمن علي وابو قتادة دين الميت مع
غيبة صاحبه فعلى هذا ان رضي المضمون له بقول صريح او فعل دال على الرضى في مجلس الضمان جاز
وان تراخى عن حال الضمان فان لم يوجد منه الرضى حتى فارق المجلس فللضامن ان يرجع في ضمانه وان
رضي المضمون له والثالث وهو المذهب في الشامل وتعليق القاضي ابي الطيب وغيرهما من الوجه
الاول انه لا يشترط رضا المضمون له والمنسوب لابن سريج وان وجهه ان عليا وابا قتادة ضمنا
الدينارين والدرهمين عن الميت ولم يستاذنا المضمون له ونسبوا الثاني الى قول ابي علي الطبري
وهذا ترتيب العراقيين وسلك الامام في النهاية طريقا اخر فقال لم يختلف اصحابنا في انه لا
يشترط رضا المضمون عنه لصحة الضمان وهل يشترط رضا المضمون له فيه وجهان احدهما نعم والثاني وهو
الذي ذهب اليه الاكثرون لا لكن على هذا لو الزم المضمون له قبول ما يحضره الضامن ان كان يتعذر ان
المضمون عنه وان كان في صورة يثبت للضامن الرجوع بما غرم وجب وان كان بالمضمون عنه حيث
يثبت له الرجوع فاستدركه في اللزوم وجهان والاشهر انه ليس له الامتناع وهما مبنيان على ان
المؤدي يقع فداء او موهوبا عمن عليه الدين ان قلنا بالثاني لم يكن له الامتناع وعلى القول باشتراط
الرضى هل يشترط القبول فيه وجهان قربهما الشيخ ابو محمد من اشتراط القبول في الوكالة لان
كل واحد منهما يجدد سلطنة لم تكن مع ان الاصل الجواز وعلى القول بعدم اشتراط القبول
لا يضر تقدم الرضى المعتبر على الضمان فرهان مرتبطان ولو تاخر الرضى عن الضمان كان في حكم الاجازة
اذا جوزنا وقف العقود وعلى القول بعدم اشتراط الرضى والقبول هل يشترط معرفة المضمون

له

له والمضمون عنه فيه اربعة اوجه جمعها صاحب البحر رابعها عن ما ذكره يشترط معرفة
المضمون عنه دون المضمون له قال الرافعي وفي طريقة الصيدلاني ما يقتضيه وهو غريب فرع
هل يشترط ان ياتي الناطق بلفظ الضمان او معناه بانه مع القرينة المشعرة المقصود فيه وجهان اظهرهما
الثاني آخر هل يشترط اقرار المضمون عنه بالدين حتى لو انكر اصل الدين واعترف به انسان ثم
ضمنه هل يصح فيه وجهان حكاهما الامام في كتاب الاقرار بالنسب والاصح وهو المشهور في الطرق
انه لا يشترط فلتنبه لا شك ان الضمان يلزم بقول الضامن ضمنت مالك على فلان او تكفلت
به او تحملته او تقلدته او التزمته وانا بهذا المال ضامن او زعيم او حميل او صبير او قبيل كما حكاه من قبل
في البيان وكتاب الطبري حكاية وجه في لفظ القبيل انه ليس بصريح قال الرافعي وطرده في
الحميل وما ليس بمستعمل في العقد ولو قال خل عن فلان والذي لك عليه عندي فهذا ليس بصريح
في الضمان ولو قال دين فلان الي فوجهان في زوائد العمراني حكاية عن الطبري في انه هل هو صريح في
الضمان ام لا قال ويصح ضمان كل دين لازم كثمن المبيع اي بعد قبض او قبل قبض ودين السلم
سواء كان عينا او منفعة وارش الجناية اي اذا كان نقد البلد وشبهه يستوفي منهما الحق وحقيق في كل دين
لازم وان لم يكن مستقرا كالمهر والمراد باللازم ما صرح به الماوردي ما لم يعترضه عند المطالبة
وبهذا التفسير يصح ضمان الاجرة في الاجارة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول وبعض
العوض بعد الوجوب في ابتداء النكاح اعتبارا بالمآل ومهما وقف الضمان وان كانت قد تسقط بمضي الوقت
كما صرح به البندنيجي وفي التتمة حكاية وجه اخر انه لا يصح ضمان نفقة الزوجة لانه ليس طريقها
طريق الديون وفي الحاوي حكاية وجه في ثمن المبيع في مدة الخيار قبل القبض وفي الاجرة قبل استيفاء
المنفعة وفي الصداق قبل الدخول ان حكم ذلك حكم المبيع في مدة الخيار وسنذكره قال
او يؤول الى اللزوم كثمن المبيع في مدة الخيار ومال الجعالة اي مثل ان يقول من رد عبدي فله
درهم كما صوره ابن الصباغ لانه لما كان مآله الى اللزوم وقد استدل لصحة ضمان مال الجعالة بقوله
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وهذا ضمان من المنادي قبل الرد اذ حكى على يوسف عليه السلام
قال وقيل ان مال الجعالة لا يصح ضمانه قال القاضي ابو الطيب لان العقد ليس بلازم
في الحال في حق المجعول له ولا يؤول الى اللزوم في حقه بحال لانه لا يجبر على رد الآبق بحال فكان المال

في حقه بمنزلة مال الكتابة في حق المكاتب قاله ابن الصباغ وهذا غير صحيح لأن العمل لا يلزم والمال يلزم
بوجوده والضمان في المال دون العمل وقد أجرى بعضهم الخلاف المذكور في مال الجعالة في ثمن المبيع في
زمن الخيار وهي طريقة السنجي لكن قال الصحيح في ضمان الثمن الصحة وفي ضمان مال الجعالة
البطلان ثم محل الخلاف في الثمن إذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما أما إذا كان للبائع
وحده صح وجها واحدا صرح به المتولي وأشار الإمام إلى محل الصحة إذا قلنا إن الملك ينتقل بنفس
العقد أما إذا قلنا لا ينتقل فهو ضمان ما لم يجب فقد حكينا عنه مثل ذلك في الرهن ومحل
الخلاف في مال الجعالة على ما حكاه السنجي هنا والمتولي والقاضي حسين بعد الشروع في العمل
وقال القاضي الخلاف في عدم الصحة قبل الشروع والذي حكاه ابن يونس واقتضاه تصوير ابن الصباغ
المسألة أن محله قبل الشروع في العمل وهو ما اقتضاه كلام السنجي في صحة الرهن به كما حكيته
في الرهن وقد حكى الإمام عن بعضهم أنه خرج ضمان الجعل قبل العمل على الخلاف في ضمان ما لم يجب ولكن
جرى سبب وجوبه قال وأما ما ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم كدين الكتابة فلا
يصح ضمانه لأن المكاتب لا يجبر على دفعه والضمان فرعه والضمان هو الالتزام وإذا لم يلزم الأصل
لم يلزم الفرع وحكى الإمام عن بعضهم أنه حكى عن ابن سريج وجها في جواز ضمانه تخريجا من ضمان ما لم يجب وقد
وجد سبب وجوبه ثم قال وهذا فيه بعد وحكى أيضا وجها عن ابن سريج في صحة ضمانه على المذهب
القديم في صحة ضمان ما لم يجب ولم يوجد سبب وجوبه قال ولا يصح ضمان مال مجهول
أي مثل أن يقول ضمنت لك ما لك على فلان وهو لا يعرفه لأنه إثبات مال في الذمة لازم بعقد لآدمي
فلم يصح مع الجهالة كالثمن في المبيع واحترزنا بقولنا في الذمة عن من غصب من رجل شيئا مجهولا وبقولنا
بعقد عن من أتلف على غيره مالا مجهولا أو وطئ امرأة بعقد فاسد قال وقيل
يصح ضمان إبل الدية وإن كانت مجهولة لأنها معلومة السن والعدد والمرجع في الصفة واللون
إلى عرف البلد وهذا خرج من صحة الصلح عليها وإصداقها وصلا الخلاف في الجديد وأما في القديم فيجوز
ضمان المجهول إذا أمكن بعد الإحاطة به بأن قال ما لك على فلان فأنا ضامن له كما
سنذكره فرع لو قال ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان وهو لا يعرف قدرها فلا يصح على
الجديد فيما زاد على ثلاثة وفي الثلاثة وجهان في التتمة لو قال ضمنت لك من واحد إلى عشرة ففي الصحة

وجهان

وجهان على الجديد وإذا صح فالذي هو الأصح في الرافعي وكان على المضمون أكثر من عشرة فيلزمه عشرة أو ثمانية
أو تسعة إدخالا للطرف الأول فقط [illegible] أوجه أصحها في المهذب الأول ولو قال ضمنت لك ما بين
الدرهم والعشرة وعرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح وكان ضامنا لثمانية وإن لم يعرف ففي صحة
الضمان الوجهان في المسألة قبلها قال ولا يجوز ضمان ما لم يجب مثل أن يقول ضمنت
لك ما تقرضه لفلان من درهم إلى ألف أو ثمن ما تبيعه منه لا يصح لأن الضمان وثيقة بالدين فلم يصح قبله
كالشهادة وقد أجاز الشيخ أصحابنا هذا الطريق وحكى هو وغيره طريقا أخرى عن ابن سريج
أن في المسألة قولين [illegible] الرافعي أشهرهما الأول أحدهما ما ذكرناه وهو الجديد والثاني وهو
القديم الصحة لأنه قد تمس الحاجة إليه وقد حكيت هذا القول في كتاب الرهن وذكرت ثم بعض
تفاريعه (struck through in the manuscript: وحكيت هذا القول في كتاب الرهن وذكرت ثم بعض تفاريعه) وحكيت عن الماوردي وغيره
في باب الرهن شيئا يتعلق بما نحن فيه فليطلب منه ومن تمام تفاريع القديم أمور أحدها إذا قال
ضمنت لك ما تبيعه من فلان فباع منه شيئا بعد شيء كان ضامنا للكل بخلاف ما لو قال إذا بعت
من فلان فأنا ضامن حيث لا يكون ضامنا إلا لثمن ما باعه أولا وعن الإمام تعليلهما بأن ما [illegible]
[illegible] وهو أن ما من أدوات الشرط يقتضي العموم وإذا ليست من أدوات الشرط فلا تقتضي
العموم أصلا ولو قال إذا شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين فهنا أولى وإن لم
نشترطها فهنا وجهان ولا تشترط معرفة المضمون عنه الثالث لا يطالب الضامن ما لم يلزم الدين
على الأصيل ويلتحق بهذا النوع الدية على العاقلة وقد صرح المتولي بأنه لا يصح ضمانها لأنها غير
واجبة في تلك الحالة ولهذا تسقط بالموت والدين المؤجل لما كان واجبا حل بالموت واعلم
أن إطلاق الشيخ يقتضي عدم صحة الضمان عند عدم الوجوب أو لم يوجد وقد حكى العراقي في صحة
ضمانه على الجديد قولين وغيره حكى ذلك وجهين قال ويصح ضمان الدرك على المضمون
لأن الحاجة تدعو إلى معاملة من لا يعرف من الغرباء ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر
به لو ظهر الاستحقاق فاحتيج إلى التوثق وبهذا قطع أبو إسحاق وابن القطان وخرج
ابن سريج قولا أنه لا يصح قال القاضي أبو الطيب وهو قول ابن القاص لأنه ضمان ما لم يجب
وضمان مجهول قال وإنه إذا خرج بعض المبيع مستحقا وحكى البيان عن ابن سريج أنه قال

لا يضمن درك المبيع الا احمق والصحيح وهو المنصوص وبه قال عامة اهل العلم واطبق الناس عليه
وصورته ان يشتري انسان عينا او بعضها ويخشى ان تخرج مستحقة لغير البائع اما ان يكون مغصوبة
او يكون قد اخذ الحصة المبيعة بالشفعة فيضمن لهذا انسان الثمن ان خرج المبيع مستحقا وصيغته
ان يقول ضمنت لك الثمن ان كان المبيع مستحقا ويقوم مقام هذا ضمنت لك عهدة المبيع او الدرك
فيه او خلاصك منه ولو قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لان المستحق ربما لا يسلمه ولو قال
ضمنت لك عهدة الثمن وخلاص المبيع لم يصح ضمانه بخلاص المبيع وفي ضمان العهدة قولا تفريق الصفقة
وقد رد الاصحاب على ابن سريج بان المبيع ان لم يخرج مستحقا فلا ضمان وان خرج فانه يجب رد
الثمن وصحة الضمان وليس بضمان المجهول لان جملة الثمن معلومة وان خرج البعض مستحقا
فهو بعض ما ضمنه فلا يقدح في الجهالة عند رجاء فلا يصح البيع فيما اذا خرج بعض المبيع مستحقا
المبيع ان قلنا يصح محله بالاتفاق اذا علم الضامن قدر الثمن قبل الضمان ووقع الضمان
بعد قبض البائع الثمن وتصرفه فيه بحيث لم يبق في يده منه شيء اما اذا لم يعلم قدره ففي التتمة
ان الحكم فيه كالحكم في المرابحة ولو علمه لكن الضمان وقع قبل قبضه فالذي حكاه معظم العراقيين
انه لا يصح لانه ضمان ما لم يجب وفي المهذب والتتمة وغيرهما حكاية وجه انه يصح لان
هذا النوع من الضمان انما جاز للحاجة والحاجة تدعو الى التحرز في هذه الحالة ايضا وهذا
الذي يقتضي كلام الامام رحمه الله فانه حكى الخلاف في صحة ضمان العهدة وقال وقد رأى بعض اصحابنا قولي
الاطلاق بالتفصيل بين ان يقبض البائع قبض الثمن فيصح اولا فلا يصح ولو وقع الضمان بعد القبض
ابن الصباغ وغيره القول بالصحة وقال السديحيى ان كان باقيا في يد البائع فهو ضمان عين وسياتي
الخلاف فيه فان صححنا ضمان العهدة للمشتري يصح ضمان نقص الصنجة للبائع بان جاء البائع بالصنجة او الكيل
بها الثمن فاتهمه البائع فيها فضمن ضامن النقص وقد يقوى في هذه الصورة ما خرجه ابن سريج
من جهة ان المضمون في النقص مجهول بخلاف جملة الثمن في ضمان الدرك فانه معلوم ولو
ضمن رداءة المبيع لتنزل اذا اسلم البائع في المؤدى هل هو من الضرب الذي يستحقه ام
لا او لا يحتمل ذلك بالتنزيل لو كان له رطل على رجل الف درهم فقبضها وضمن له رجل بدل ما
فيها من زائف او بهرج جاز وقال الماوردي هذا مذهب بيع اللحم باللحم وهذه من منصوصات
ابن

ابن سريج فان وجد الناقص فيها زائفا او بهرجا فهو بالخيار بين ابداله من القابض او الضامن
فلو قال الضامن اعطوني المردود لاعطيكم بدله لم يعطه اياه ولو اختلف البائع
والمشتري بنقصان الصنجة صدق البائع بيمينه فاذا حلف طالب المشتري بالنقصان دون
الضامن على اظهر الوجهين ولو اختلف المشتري والضامن في نقصانها فالمصدق الضامن على
اصح الوجهين لان الاصل براءة ذمته بخلاف المشتري فان ذمته كانت مشغولة عن البائع والاصل
بقاء الشغل ولو اختلفا في المردود من العوض ام لا قال الماوردي هذا ان كان باقيا فالقول قول
البائع وضامنه وان كان من غير جنس الدراهم فهو كالوقوع الاختلاف في النقص واعلم
ان ضامن الدرك يلزمه عند خروج المبيع مستحقا الغرم بدل الثمن ولا يلزمه ذلك عند فسخ
العقد بالاقالة فيتعذر تسليم المبيع من غصب او اباق او نحوه وهل يلزمه عند الفسخ بالعيب
السابق على العقد ينظر ان كان لفظه ضمنت لك ثمن المبيع ان كان مستحقا فلا وان كان لفظه
ملعدا ذلك مما ذكرناه ففي لزومه وجهان حكاهما العراقيون والمراوزة وقال الامام انهما
ما هو ان عندي من اصل اختلافهما ضمان العهدة فان الاستحقاق يشمل استناد وجوب
الرد الى حالة الضمان والثاني ضمان ما لم يجب لكن وجد سببه وجوبهم فان وجوب رد الثمن
يتجدد عند جريان الرد ولكن يجوز ان يقدر العيب القديم قبل الاطلاع عليه سببا محرا
والملائم منهما في الحاوي وهو الذي اجاره ابن الاكرون بعدم اللزوم لانه مختار فيه فاشبه
الفسخ بخيار المجلس والشرط والاقالة ومقابله قال القاضي الحسين وهو قول من يقول الفسخ
بالعيب فسخ للعقد من اصله ومنها الوجهان فيما لو خرج بعض المبيع مستحقا وقلنا تفسيخ
العقد في الجميع بالنسبة الى القدر المقابل لما لم يكن مستحقا او قلنا لعدم انفساخ
العقد في غير المستحق فسخ العقد قال القاضي الحسين والاظهر هاهنا انه يرجع
عليه لان الفسخ حصل بسبب الاستحقاق ومنها اذا اطلع المشتري على العيب وقد
تعذر الرد في الرجوع بالارش على الضامن قال ابو العباس اللهم الا ان يقول ضمنت
لك الارش نحو من عيب تحصل يرجع بالارش على الضامن كذا حكاه السديحيى عنه
وان سلمه الكامل وقال يرجع عليه وجها واحدا وحكى الماوردي في هذه الصورة ان الضمان لا يصح

قال وفيه وجه انه يصح مخرج من القديم في ضمان نفقة الزوجة واراد المتولي تقريب منه فانه قال
لا يصح على ظاهر المذهب وهذا الخلاف يجري كما حكاه الرافعي فيما اذا قال ضمنت لك الثمن ان تلف
المبيع قبل القبض وانفساخ العقد بتلفه عند العراقيين حكاه القاضي والسنجي يلحق بمستحقه
بالاقالة وبناه المتولي على ان بيع العقد اصله او من حينه ان قلنا بالثاني كان كالرد بالعيب وان
قلنا بالاول فمن الاصحاب من قال انه كظهوره مستحقا ثم قال وهذا ليس بصحيح بل هو كالرد بالعيب
واولى ان يرجع وفساد العقد بسبب شرط فاسد او جهالة في العقد بناه المتولي على الرد بالعيب
فقال ان قلنا في الرد بالعيب ان الضامن يغرم فهنا كذلك وان قلنا لا يغرم فهنا وجهان لان ذلك
شبيه بالاستحقاق من حيث ان ملك المشتري عن الثمن لم يزل فرع يجوز ضمان المسلم
فيه للمسلم اليه اذا خرج راس المال مستحقا بعد تسليم المسلم فيه وقبله لا يجوز في اصح الوجهين
قال القاضي ويتجه ان يجيء ما ذكرناه في الثمن لانه لا يجوز ضمان راس المال المسلم لو خرج المسلم
فيه مستحقا لان المسلم فيه في الذمة والاستحقاق لا يتصور فيه ولو ضمن له راس المال ان
تعذر التسليم بالانقطاع قال المتولي ان قلنا الانقطاع لا يوجب فسخ العقد فهو كالضمان في الوقت
الثمن ان حدث بالمبيع عيب وان قلنا بالانقطاع ينفسخ العقد فهو كالضمان الثمن ان تلف
المبيع قبل القبض ولو ضمن مع العهدة نقص ما يحدثه من بنا او غراس في الارض المبيعة عند
خروجها مستحقة ووقع ذلك فقيمته لم يجب وان كان ذلك واجبا على البائع والمشتري على اصح
الوجهين لانه ضمان ما لم يجب ويصح ضمان العهدة للمستاجر حكاه الرافعي اخر الاجارة عن
الفتاوي حتى يرجع على الضامن عند خروج الاستحقاق خلافا لابن سريج فيه
الدرك بفتح الدال والراء واسكانها قال المتولي ويسمى به لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق
عين ماله والعهدة قال السنجي في المعتمد عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن عبارة الفقها
مستعملة عبارة عن الثمن لانه مكتوب في العهدة وقال المتولي انما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع
ورده وقال الرافعي يجوز اخذه من شيئين احدهما قال في الصحاح يقال في الامر عهدة اي لم
يحكم بعد وفي عقده عهدة اي ضعف فكان الضامن ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج فيه من غرم
والثاني قال العهدة الرجعة يقال اشتريته لا عهدة اي لا ملاحس ولا رجعة

قال القاضي

قال الضمان الثالث رجعه المشتري عليه عند الحاجة فان قال الق متاعك في
البحر وعلي ضمانه فهذه المسالة يحتاج الى مقدمة وهي ان الالقا في السفينة من غير حاجة لا يجوز
فاذا اشرفت الى الغرق فيه بسبب اشرافها على الغرق جاز وقد يجب رجا نجاة الراكبين واذا خيف
وجب القا ما لا روح فيه لتخليص ذي الروح ولا يجوز القا الدواب اذا احتمل نعم
الحيوانات واذا مست الحاجة الى القا الدواب القيت لابقا الادميين والعبيد كالاحرار
واذا قصر من لزمه الالقا فلم يلق حتى غرقت السفينة فعليه الاثم ولا ضمان كما لو لم يطعم صاحب
الطعام المضطر حتى هلك يعصي ولا يضمن اذا تقرر ذلك عدنا الى مسالة الكتاب فاذا قال الق
متاعك وعلي ضمانه وكان في صورة يجوز فيها الالقا والقاه لزمه ضمانه كما استدعى اتلاف مال
لغرض صحيح فلزمه كما لو قال اعتق عبدك عني على الف في رمي او طلق زوجتك وقال
ابو ثور وبعض اصحابنا كما حكاه الرافعي عن شرح التلخيص انه لا يصح لانه ضمان ما لم يجب وجوابه
ان هذا ليس على حقيقة الضمان وان سمي به وانما هو استدعاء اتلاف لمصلحة كذا قاله
الامام في اواخر باب السلم وهو قريب من اذن المضطر لطعام الغير ولا فرق في لزوم الضمان
بين ان يختص المستدعي في السفينة اولا اذا كان فيها غير المالك للمتاع وقيل يشترط ان يختص
المستدعي به وان يسلم المستدعي اذا كان فيها ام لا وبوجد الغرض من تزكيته ولو لم
يبق الا مالك المتاع فلا يصح هذا الضمان لانه يجب القا المتاع لحفظ نفسه ولو كان فيها
مع غيره فالصحيح ان الضمان لازم وقيل لا يلزم حكاه ابن يونس وقيل يسقط من الضمان ما
يقابله حتى لو كان فيها عشرة سقط من الضمان العشر ولو قال الق متاعك ولم يتعرض
للضمان فقيل الشامل وبه قال الاكثرون لا ضمان عليه اذا وجد الالقا كما لو قال
اقض ديني فقضاه فانه يرجع عليه وحكي والمراد ان قضا الدين يسقط الحق بيقين
واما القا المتاع فيجوز ان ينفعه ويجوز ان لا ينفعه وسوى العراقيين بين المسالتين في اجرا
الخلاف وهو ما حكاه ابن يونس ولو القا صاحب المتاع متاعه من غير استدعا لم يرجع
على من في السفينة سوا كان في حالة الخوف فيها الالقا ام لا وسوا كان فيها ام لا لانه متبرع
او على الشط بخلاف ما اذا اطعم انسان المضطر طعامه فانه يرجع على احد الوجهين

والفرق ما ذكرناه في المسألة قبلها وعن المنهاج للشيخ ابي محمد احد الوجهين فيما اذا القى المتاع ولا
خوف وابدى الامام ذلك احتمالا لنفسه وقال ظاهر كلام الائمة خلافه والمراد في ان الالقا
والمستدعي اذا كان في غير حالة الخوف لا يجب فيه الضمان وفي الحاوي حكاية وجه انه يضمن وان كان
الالقا في حال الامن من الغرق وقال لانه اقتيس واما اخذ الرهن في هذا الضمان فلا يصح قال
الماوردي وقد اجاب بعض اصحابنا بالضمان وليس بصحيح لان حكم الضمان اوسع من حكم الرهن لان ضمان
الدرك يجوز واخذ الرهن عليه لا يجوز فرع حكاه الشيخ وغيره لو قال بع مالك من فلان
بخمسمائة وعلي خمسمائة فالاصح انه لا يصح وفيه وجه واحتمال في المرشد فان قلنا الواجب
على المستدعي بعد الالقا المثل ان كان الملقى مثليا والقيمة ان كان من ذوات القيم ونعتبر (?) ما قبل
هيجان الامواج لانه لا قيمة له في تلك الحالة وفي النهاية في اوايل كتاب السلم حكاية عن القاضي
انه ذكر وجها ان الواجب في ذوات القيم المثل الصوري كما في القرض قلت فهذا يقتضي ان يدل على ان
الملقى ملك المستدعي وهو قضية ما حكاه الماوردي فانه قال في كتاب الايمان عن ابي هريرة قولين
فيما اذا قال اعتق عبدك عني متى (?) ملكه الآمر احدهما انه يصير بالعتق قبل اعتاقه وهو
الظاهر من المذهب والثاني انه ليس بمالك وانما يجري عليه حكم الملك فان قلنا العتق لا يملك العبد
لا يصح ان يملك ثم قال ومثل هذين القولين يجري فيما اذا قال القه ما عندك في البحر وعلي قيمته فلو قال صار
ملكا له قبل القائه والثاني يجري عليه حكم الملك لانه قبل الالقا لا يملك وبعده لا يصح ان يملكه
والذي حكاه الامام هنا وغيره ان الملقى لا يخرج عن ملك الملقي حتى لو لفظه البحر على الساحل واتفق
الظفر به فهو لمالكه وليسترد الضامن ما بذله وهل للمالك ان يمسك ما اخذه ويرد بدله فيه خلاف
كما في القرض فرع لو قال الق متاعك في البحر على ان اضمنه وكل واحد من ركبان السفينة
كان ضامنا للجميع ولو قال على ان اضمنه وركبان السفينة فانه يلزمه حصته ولو قال على ان اضمنه
وركبان السفينة وعلي تحصيله من مالهم فانه يضمن جميعه ولو قال على ان اضمنه وركبان السفينة
وقد اذنوا لي في هذا الضمان عنهم فانكروا ذلك وجب عليه ضمان الكل ولو قال انا وهم ضامنون
فعنه وجهان اظهرهما انه يلزمه الجميع ومقابله انه يلزمه حصته وينسب الى اختيار المزني

ولو

ولو قال الق متاعك وعلي ضمانه فقال نعم او اجاب فالقاه لزمه ضمانه ولو قال لآخر الق
متاع فلان وعلي ضمانه ان طالب بالقائه فالضمان على الملقي دون الآمر بخلاف المستدعي من ركبان
السفينة ثم ما سبق اما الجمع او الحصة ان قصد به الاخبار عن ضمان سابق منهم فاعترفوا به توجهت
المطالبة عليهم وان انكروا فهم المصدقون وان قال اردت انشاء الضمان عنهم فعن بعض الاصحاب
انهم ان رضوا وجب عليهم والظاهر خلافه لانا لا نرى وقف العقود وهذا ما ارتضاه القاضي
الحسين والامام وقرب في الوسيط الاول لان هذا مبني على المسامحة قال
ولا يثبت في الضمان خيار الشرط ولا خيار المجلس لان الخيار لطلب الحظ والضامن يعلم انه مغبون
قال الشيخ وابن الصباغ يقال في الكفالة اولها ندامة واوسطها ملامة واخرها غرامة
فلو شرط فيه خيار الملك للضامن فسد وسواء فيه كفالة المال والبدن وان شرط للمضمون
له فلا اثر له لان الخيار له دائما وفي الحاوي عند الكلام في تحمل الضمان حكاية قول للشافعي فيما
اذا شرط للضامن ان الضمان لا يفسد ويبطل الشرط قال ولا يجوز تعليقه
على شرط مستقبل اي مثل ان يقول اذا جاء راس الشهر فقد ضمنت او ان لم يرد مالك غدا
فانا ضامن لانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق كالبيع ونحوه وكذا لا يقبل التعليق بالمستقبل
التاقيت (?) مثل ان يقول انا ضامن الى شهر فاذا انقضى ولم اغرم انا بريء وعن ابن سريج انه اذا
جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب جاز التعليق لان من ضمن الضمان قبل الوجوب تعليق
المقصود بالوجوب فعلى هذا لو قال اذا بعت عبدك فلانا بالف فانا ضامن للثمن فباعه
منه بالفين قال ابن سريج لا يكون ضامنا لشيء وقال صاحب التقريب يكون ضامنا بالالف ولو باعه
بخمسمائة فعند صاحب التقريب يكون ضامنا لها وعند ابن سريج لا قلت وقد حكى الامام
عن ابن سريج في اواخر هذا الباب ان رجلا لو ادعى ان فلانا ضمن الف درهم واقام شاهدين
شهد احدهما انه ضمن الفا والآخر انه ضمن خمسمائة فالالف لا يثبت ويثبت الخمسمائة
على قولين خرجهما ابن سريج وكان يتجه ان يخرج منهما هنا ولو قال اذا اقرضته عشرة فانا
ضامن لها فاقرضه خمسة عشر كان ضامنا للعشرة على الوجهين لان من اقرض خمسة عشر
فقد اقرض عشرة والبيع بخمسة عشر ليس بيعا بعشرة ولو اقرضه خمسة فعن ابن سريج
انه يضمنها قال الامام وهذا يخالف قياسه لان الشرط لم يتحقق قال
وان شرط ضمانا فاسدا في معاوضة مثل ان قال بعتك هذا بدرهم على ان يضمنه لي فلان على

انه ما لحاق في الاذا بطل البيع في احد العوضين دون الآخر ونحوهما تقدم في كتاب الرهن ولا
نزاع في انه لو شرط في البيع ان يرهن الضامن ان يضمن بعض الغراس والبناء الذي يحدثه في الارض
المبيعة عنده حرفهما مستحقة فلم ذلك ان البيع باطل قولا واحدا كما صرح به القاضي ابو
الطيب والمسئلة محكي وغيرهما قال وللمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه اي اذا كان
الدين حالا او ضمنه على حكمه او الحلول او كان مؤجلا فضمنه على حكمه او الحلول ثم حل لقوله صلى الله عليه
وسلم الزعيم غارم ولم يفرق ولانه دين حال على مليء لجاز المستحقة ان يطالب ايهما شاء كالضامنين
والعاصبين اخذ بها من الآخر وان قيل لا نسلم ان الدين معا في ذمة المضمون عنه بل الضمان ينقله الى ذمة
الضامن فلا يملك المضمون له الا مطالبته كما صار اليه ابو ثور فيما حكاه القاضي ابو الطيب وابن الصباغ
ويدل على ذلك ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لابي قتادة لما ضمن الدينارين حق الغريم عليك
وبرئ منه الميت قال نعم وقوله عليه السلام لعلي لما ضمن الدرهمين جزاك الله عن الاسلام خيرا
وفك رهانك كما فككت رهان اخيك وهذا يدل على ان المضمون برئ من الدين بالضمان وبقوله
انه عليه السلام امتنع من الصلاة قبل الضمان فلما حصل الضمان صلى فالجواب عن حديث ابي قتادة
ان المراد من قوله صلى الله عليه وسلم وبرئ منه الميت انه من رجوع اي فعل عليه لانه ضمن بغير امره وقد روي
جابر انه عليه السلام قال لابي قتادة من الغد ما فعل الديناران فقال يا رسول الله انما دفناه
امس ثم قال له من بعد ما فعل الديناران قال قضيتهما يا رسول الله قال الان بردت جلدته فلو كان
الحق قد انتقل بالضمان لكان قد برد قاله وعن حديث علي بان المراد فك الرهان اعلام من امتناع
النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة عليه وعن امتناعه من الصلاة قبل الضمان وصلاته بعده فانه كان من
اهل الصفة كما حكاه الماوردي لا يملك شيئا فلما ضمن عنه الدين صار ممن خلف وفاء فصلاة
ان دام المخلف الميت وفاء وقد حكى الماوردي عن ابي ثور انه قال لا يطالب الضامن الا اذا
تعذرت عليه مطالبة المضمون عنه ثم قال وجعل ابن ابي هريرة هذا قولا مخرجا ووجه لبقية
والصحيح هو الاول ثم محله اذا اطلق الضمان اما اذا قال بشرط براءة الاصيل فقف
هشام في صحة الضمان وجهين عن ابن سريج واشبههما المنع لانه قرن به شرطا يخالف
مقتضى الضمان فان قلنا بالصحة ففي صحة الشرط وجهان قال الرافعي وقد يعكس الترتيب
ويقال في صحة الشرط وجهان ان فسد ففي فساد الضمان وجهان واذا صححناهما برئ الاصيل
وبقي الحق في جهة الضامن وله الرجوع على المضمون عنه في الحال انه كان قد ضمن عنه باذنه

كما

كما حكاه الرافعي فرع لو افلس الضامن والمضمون عنه واراد الحاكم بيع مالهما
في دينهما فقال الضامن ابدأ ببيع مال المضمون عنه وقال المضمون له اريد ان ابيع مال
ايهما شئت قال الشافعي كما حكاه الماوردي عن رواية حرملة ان كان الضامن ضمن
بامر المضمون عنه فالقول قوله وان ضمن بغير امره فالخيار الى المضمون له في بيع مال ايهما
شاء اما اذا ضمن الضامن الدين الحال مؤجلا الى اجل معلوم ففي صحته وجهان احدهما وهو الاصح
والذي اورده العراقيون الصحة وعلى هذا فلا يطالبه الا بما التزم وهذا ما يوجد لعامة الاصحاب
وفي تعليق القاضي حسين انه يصح حالا على وجه وادعى الامام اجماع الاصحاب على ان الاجل لا يثبت
وان في فساد الضمان به وجهين اظهرهما الفساد ومن العجب ان اعتماد الامام في ذلك على
القاضي وقد حكى في تعليقه ان الضمان يصح ويثبت الاجل وان للشافعي ما يدل عليه وما ذكرناه
يجري فيما لو كان الدين مؤجلا الى شهر فضمنه الى شهرين ولو ضمن المؤجل حالا فعن حكاية العراقيين
في صحته وجهين احدهما وبه جزم القاضي حسين الصحة وعلى هذا فهل يلزمه شرط التعجيل فيه وجهان
احدهما وبه قال ابن سريج كما حكاه الماوردي نعم وغلطه واشبههما وبه قطع القاضي حسين لا
لانه تبرع فيسعى ان يكون كاصله وعلى هذا فالاجل يثبت في حقه مقصودا ام تبعا لحصول المسامحة
على الاقدام فيه وجهين يظهر فائدتهما فيما لو مات الاصيل هل يحل عليه او لا فان قلنا تبعا حل على
الضامن ايضا والا فلا ولكونهما لو كان الدين مؤجلا الى شهرين فضمنه الى شهر فرع
اذا كان له الف فاعطاه عليها رهنا واقام له بها ضامنا صح واذا حل الحق فقولان حكاهما القاضي
ابو حامد في جامعه احدهما ان لصاحب الحق مطالبة الضامن وليس له بيع الرهن الا بعد استيفائه
من الضامن قال الماوردي او احد الوجهين والصحيح عندي ان له بيع الرهن ومطالبة الضامن
قال فان ضمن عن الضامن ضامن آخر طالب الكل لان الضمان يصح للدين اللازم فجاز ان يضمن المضمون
لازم على الضامن كما جاز على الاصيل واذا صح الضمان توجهت المطالبة بما ذكرناه وبعض ما حكيناه
عن ابن ابي هريرة انه لا يطالب الضامن الثاني ما لم يعجز عن مطالبة الاول ويجوز ان العاجز حين
وعن قالا لان الضامن الثاني فرع الاول والاول فرع الاصيل سواء اذن هذا في البراءة ايضا
ويجوز ان يضمن الاصيل ضامن آخر واكثر لتعلق الحق في ذمته كما قررناه ويجوز ان يضمن الاصيل
وضامنه ضامن ولا يجوز للاصيل ان يضمن صاحبه فيما ضمنه عنه وقال الجوزي لا يجد الضامن
الاصيل ان يضمن صاحبه فيما ضمنه عن الاصيل المذهب لا وعن ابن سريج انه يجوز قال

الماوردي وصححها فــرع اذا ضمن الفا بشرط ان يرهن به عبدا معينا صح الضمان وجهان في الحاوي عنده
رضا على الف بشرط ان يعطي الالف صاحب كان في صحة الرهن وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي في باب الرهن
قال فان ابرا الاصيل برئ الكفيل لان الفرع يسقط بسقوط اصله دليله الحوالة
الوصي بالبرا من الدين قال وان ابرا الكفيل لم يبرا الاصيل لانه اسقاط وثيقة فلا يسقط
بها الدين كالرهن قال وان قضى الكفيل الدين فان كان قد قضى عنه باذنه رجع عليه لان الضمان
الذي يوجب الرجوع مع الاذن والادا الذي حصلت به براءة ذمته مرتب عليه فالتحق به وهذا
هو المنصوص في النكاح والطلاق في رواية الربيع وفي الاملا على مسائل مالك كما حكاه القاضي ابو
الطيب وبه قال ابو اسحق وابن ابي هريرة واكثر الاصحاب كما حكاه الماوردي وصححه قال وقيل لا يرجع
حتى يضمن باذنه ويؤدي باذنه لان الضمان قد يوجد معه الادا وقد لا يوجد فلم يكن الاذن مستلزما
للادا اذا لم يصرح بالاذن فيه فكان كالمؤدي من غير اذنه وهذا ما حكاه الجيلي ابو الاصح في
الشامل ولم ار في هذا الموضع فيه وقد حكى الماوردي محل الخلاف فيما اذا ادى الضامن الدين
من غير مطالبة وجزم بالرجوع فيما اذا اداه بعد المطالبة له والشهد عليه ومحاكمته وفي
الشامل دعوى حكاية هذا وجها ابا اسحق عن ابي اسحق مع بن عنه بانه ان ادى من غير مطالبة او
عن طالبه لكنه امكنه مراجعة الاصل واستيذانه فلم يفعل لم يرجع وان لم يمكن مراجعته لكونه
غائبا او محبوسا فله الرجوع قال الامام وقد مال الى هذا صاحب التهذيب وحكى ابن الصباغ والبندنيجي
عن الاصحاب ان الاوجه يجري فيما اذا وكل انسانا في ان يشتري له عبدا بالف وادى الوكيل
ذلك من ماله اذا طالبه موجهه عليه وقال الماوردي ان الخلاف في الوكيل كما ذكره في الضمان
وروى الامام مراعي صاحب التقريب فيما اذا ضمن بالاذن وادى بالاذن من غير شرط الرجوع
انه لا يرجع وقال يخرج مثله وجها عن رواية الماوردي فيما اذا صالح على المنكر اجنبي باذنه
قال وان ضمن بغير اذنه لم يرجع لان الادا فرع الضمان ولم ياذن فيه فكان كما لو قضى دينه يرجع
بغير اذنه وهذا هو الاصح قال وقيل ان قضى باذنه رجع لان الادا هو المقصود وقد
حصل بالاذن فصل لما ورثنا محل هذا الوجه اذا قال له اد عني ما ضمنته وجزم بعدم الرجوع
فيما اذا قال اد ما ضمنته من غير ان يقول اد عني وبالرجوع فيما اذا قال اد عني ما ضمنته لي حكيه
ولم يحك الامام هذه الرواية الا في الرجوع وحكى القاضي حسين الكلام في هذه المسئلة على ما
اذا قال اسد النقص اد دين من غير شرط الرجوع وفي ذلك وجهان اصحهما انه يرجع

فان

وان قلنا بانه لا يرجع فيها فهاهنا اولى وان قلنا بالرجوع فهاهنا وجهان والفرق ان في الضمان
فقد التزم فعلت في ادايه الغرم بما وجب عليه وقد حكى الامام عن شيخه في مسئلة الادا بالاذن
من غير ضمان انه رتبها على ما اذا وهب انسان لانسان شيئا من غير شرط الثواب وجعلها اولى
بالرجوع لوجهين احدهما ان الهبة في وضعها مصرحة بالتبرع وليس في الامر بالادا والثاني
ان المتبرع مبتدئ بالهبة والاستدعا فيما نحن فيه قرينة من ثبوت الرجوع وكان يقول في
الهبة قولا ما لنا فارقنا بين ان يكون الواهب ممن يسترفق من مثل الموهوب له ام لا ثم قال
الامام ولا يمتنع ان يخرج وجه بالفرق بينهما على هذا النحو والذي اجاب القاضي ابو الطيب في
مسئلة الادا بالاذن من غير ضمان كما حكاه ابن الصباغ في كتاب الرهن قول ابي اسحق وهو
ثبوت الرجوع وقال انه ظاهر كلام الشافعي والذي اجاب به الشيخ ابو حامد وقال ابن الصباغ
انه الذي يجي على المذهب قول ابن ابي هريرة وهو عدم الرجوع تشبيها بمسئلة القصار اذا قصر
الثوب من غير شرط ولو ضمن بغير الاذن وادى بغير الاذن فلا رجوع له عندنا اتفاقا وان كان
قد قام عنه بواجب لان ابا قتادة لما وفا الدينارين عن الميت قال له عليه السلام الان بردت
جلدته فلو كان الدين باقيا في ذمته مع انه ضمن وادى بغير الاذن لما كانت الجلدة قد بردت لان
الدين الذي يسقط جلدته غير واجب وفي هذا نظر من حيث ان الاصحاب جرحوا قوله عليه السلام لان
هذا ورى عنه الميت الى براءته بالنسبة الى ثبات ما ذكرناه واذا ثبت ذلك بعينه دليل على انه
للضامن ان رجع وان ضمن وادى بغير الاذن وحوالة الضامن المضمون له على من له عليه دين كالقضا
فيما ذكرناه ولذا الحوالة عليه ان شرطنا رضاه وان لم نشترطه فلا يتجه الا وجه ابي اسحاق
في محل الرجوع حيث نقتبسه اذا اشهد الضامن على الادا رجلين عدلين كاملين شهادتهما او رجل
وامراتين كذلك ... لو شهد من ... بالعدالة وكان في الباطن غير عدل على اولى الوجهين في
الرافعي ولو اشهد عدلا واحدا اعتمادا على ان يحلف معه فقال الحاوي وغير كتابه وجهين اصحهما في
الرافعي انه يكفي ووجه مقابله انه قد يرفع الامر الى حنفي فلا يقضي به وذلك بعض منه وحكى
القاضي حسين محل الخلاف فيما اذا مات الشاهد او غاب اما اذا كان حاضرا فيشهد ويحلف
معه الضامن عند انكار المضمون له القبض فانه يرجع وجها واحدا وعلى ذلك جرى البندنيجي
والمتولي ايضا والحق بحالة موته ما اذا وصل حاكم لا يرى بالشاهد واليمين ما اذا لم يشهد
من يقع الاعتبار به بطرق صدقه المضمون له وعنه كان كما لو اشهد وان كذبه المضمون له

وصدقه المضمون عنه فالقول قول رب الدين وله مطالبة الاصيل والضامن فان غرم الضامن
فان له الرجوع على المضمون عنه ان كان صدقه للتوجه لا دا وحسا واحدا ولذا ان صدقه والمحض
حاضرا على المذهب وفيه وجه انه لا يرجع لان الاول عمر مرين في الظاهر والثاني هو مظلوم فيه وقيل
اخرى الما وربي هذا الوجه فالو كان المضمون عنه حاضر الادا بنا على انه يجب على الضامن الاشهاد فان
كان المضمون عنه حاضرا فاذا رجع فهو بما غرمه اولا وان كان الاصيل حاضر الادا الاول وان كان
غائبا فلسد وجه احدهما الاول والثاني الثاني وقالهما يظهرهما لو كان الاول صحيحا والثاني
مكسرا والثالث حكاه المتولي يا قلهما ويجري هذه الاوجه ايضا فيما اذا كان الاصيل حاضر الادا على
الوجه الصائر الى وجوب الاشهاد بحضرة الاصيل وان غرم رب الدين الاصيل فهل للضامن الرجوع
عليه بما غرمه فيه وجهان اصحهما في تعليق القاضي الحسين وعن شيما اذا كان المضمون عنه حاضر الادا
الرجوع ومنها اذا كان غائبا العلم وبه جزم السنجي فان قلنا ان له الرجوع عليه فله تحليفه اذا انكر
وان قلنا لا يرجع عليه فليس تحليفه على ان القول مع اليمين كالبينة ام كالاقرار فان قلنا كالبينة فان له
تحليفه والا فلا والاصح به المرلي فرع اذا اشهد من ينبغي به في الرجوع ثم مات او غاب فلا
اثر لذلك في منع الرجوع اذا صدق المضمون عنه على جريان الاشهاد الا ان يشهد من يعرف انه يظعن عن
قريب وفي النهاية حكاية وجه فيما اذا مات من اشهد انه لا يرجع اذا لم يسمع المضمون عنه بادابه فان
القول قول رب الدين في عدم الاشهاد ولو ادعاه فالقول قول المضمون عنه على الاصح
وفيه وجه ان القول قول الضامن لان الاصل عدم التقصير ولو عين الضامن شاهدين وقال انه
اشهدهما وكذباه فهو كما لو لم يشهد ولو قالا لم ندر وربما نسينا ففيه تردد للامام فرع اذا
كان الضامن بحيث اذا غرم رجع فهل له مطالبة المضمون عنه قبل الادا قال الاصحاب ان طولب
الضامن باداء الدين وحبس فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا او قد
اذن ابوه في الضمان فكذلك له مطالبة الاب بالتخليص قبل بلوغ الصبي وبعده يطالب الصبي الذي بلغ
لا صحته الماوردي وان لم يطالب فهل له المطالبة بتخليصه فيه وجهان اصحهما لا وعلى هذا للضامن ان
يقول للمضمون عنه اما ان تبرئني عن الحق واما ان تطالبني به لا كالة المضمون عنه تعالى متى فعل هذا
حكاه السنجي عن ابي العباس وقد حكي عن القفال وجه ان الضامن ليس له المطالبة بالتخليص وان
طلب ما لم يغرم والمشهور الاول ومعنى التخليص ان يؤدي دين المضمون له ليبرأ ابراه وقد حكى
الاصحاب اصل الوجهين في تمكن الضامن من المطالبة بالتخليص قبل المطالبة وجهان حكاهما

ابن

ابن سريج في ان مجرد الضمان هل يثبت للضامن حقا على الاصيل ويوجب علقة بينهما ام لا
وبعضهم حكى هذا الخلاف قولين وبنوا على هذا الاصل اربع مسائل منها ان الضامن
هل له ان يغرم الاصيل قبل ان يغرم فيه وجهان ذكرهما الشيخ ابو محمد ومنها اذا اخذ المال
هل يملكه فيه وجهان ان قلنا يملكه فله التصرف فالعبرة اذا اخذوا ازاله الحكم لكن لا يستقر
ملكه عليه الا بالغرم حتى لو ابراه المستحق رد ما اخذ ومنها ان الضامن اذا حبس هل له
حبس المضمون عنه وقد قلنا له المطالبة بتخليصه فاهدى الامام فيه وجهان والاصح لا ومنها
لو ابرا الضامن الاصيل عما سيغرمه هل يبرا ان قلنا ان الضمان مجرد يثبت علقة صح والاصح
عدم الابرا لانه ابرا عما لم يجب ووجد سبب وجوبه ومنها لو رهن المضمون عنه عند الضامن شيئا على ما
سيغرمه هل يصح فيه وجهان وهما يجريان في الضمان فان صححناه وشرط في ابتدا الضمان ان
يعطيه بما ضمنه ضامنا او رهنا صح وان لم يف به والا فله فسخ الضمان وان اهملناه فشرطه
في ابتدا الضمان يفسد به الضمان على اصح الوجهين فرع اذا ادى ضامن الضامن الدين
فان كان ضمن مع من ضمنه لحكم الضامن مع الاصيل وان لم يكن له الرجوع على الضامن الاول
لم يثبت له امر الاول الرجوع على الاصيل وان كان له الرجوع على الضامن الاول فرجع
عليه رجع الاول على الاصيل اذا وجد شرطه ولو اراد ضامن الضامن ان يرجع على الاصيل
نظر ان كان الاصيل قد قال له اضمن عن ضامني فهو كمن قال عليه فيه وجهان كالو قال الانسان ادّ
ديني ولم يشترط الرجوع وكما لو قال اقض دين فلان ففعل حيث لا يرجع على الامر لان الحق لم يتعلق بذمته
ولو لم يقل له اضمن عن ضامني فان كان الحال بحيث لا يقتضي رجوع الاول على الاصيل لم يرجع
الثاني عليه وكذلك لو كان يقتضيه على اصح الوجهين فرع اذا ادى الضامن الدين وكان
صحيحا فخرج مستحقا استحق عين ما بذل وان خرج معيبا ورده المضمون عنه نظر ان
كان الضامن مضمونا عنه يثبت الرجوع وجب رد المعوض على المضمون عنه كما يتعلق حق
المدفوع في ملك المضمون عنه قبل الدفع للمضمون له كما صرح به الامام وهو كما اذا ضمن
لامراة صداقا عن زوجها وغرم ثم ارتدت قبل المسيس وان كان في صورة لا يثبت له الرجوع
فهذا شبيه بما اذا ادى الاجنبي عن غيره من ضمان وقد حكى الامام في اواخر باب الرهن وجهين
في ان المعوض والحالة هذه هل يرد الى المؤدي او الى المؤدى عنه وكذلك حكى المحاملي هذين
الوجهين في كتاب الرهن ايضا مسئلة ما الذي يرجع به الضامن اذا ثبت

به الرجوع بطر فان كان المضمون مثليا وقد اداه رجع بمثله وان كان من ذوات القيم فالمعول
ونحو قال الامام ويتجه الا يبعد ان يجري فيه اختلاف المذكور في اقراض الحيوان وصرح بحكاية ذلك عن
رواية القاضي في اوائل باب السلم وقال في قول يرجع بالمثل الصوري وفي وجه القيمة وهذا
البحث صحيح نعم ان الذي عند الرجوع فبسبب الغبن يرجع الى المضمون عنه قال
وان ضمن دينا مؤجلا فقضاه قبل الاجل لم يرجع قبل الاجل لانه متبرع بالتعجيل وهذا الحكم
فيما لو مات الضامن واديت تركته المال بسبب حلوله لا يرجعوا به قبل الاجل قال وان مات
احدهما حل الاجل عليه لوجود سبب الحلول في حقه ولا يحل على الاخر لعدم ما يقتضيه فلو حل
به لوان اخر اداه فانه يرجع الاجل وخرج ابن القطان وجها فيما اذا مات الاصيل ان الدين
يحل على الضامن لانه فرع له وقيل انه يحج وجها ان الضامن اذا مات لا يحل عليه لا على
الاصيل في المذهب ما حكاه الشيخ نعم لو كان المستحق هو الاصيل فاخر المستحق المطالبة كان
للضامن زيادة حقه من تركة الاصيل في الحال او تبرئه الضامن لان التركة قد تهلك فلا يجد مرجعا
اذا غرم وفي رواية اي على وجه انه ليس للضامن مثل المطالبة قال وان تطوع بزيادة
لم يرجع بالزيادة اذا كان الدين مكسرا فدفع صحاحا او نحو ذلك لانه متبرع بها ولو كان المدفوع
مكسرا عن الصحاح لم يرجع الا بالمكسر فالمسئلة التي يليها وهذا ما جزم به الشيخ واختار الشيخ
ابو محمد وخرج بعضهم ذلك على الخلاف في المسئلة التي يليها قال وان دفع اليه عن الدين اي الذي
في ذمته بطريق الضمان ثوبا رجع باقل الامرين من قيمته او قدر الدين لان قيمة الثوب ان نقصت فلم يغرم
الا هي وان زادت لم يرجع بالزائد لانه متبرع به وهذا ما جزم به الماوردي وهو الاصح وقيل يرجع بما
اذا كانت قيمة الثوب اقل من الدين بقدر الدين وهذا ما حكاه الروياني في البحر عن ابن سريج والمراد بما اذا
قضى المكسر عن الصحاح انه قد حصل براءة منه بما فعل والمسامحة جرت معه ولو انه باعه
الثوب بقدر الدين وتقاصا فالرجوع بالالف بلا خلاف اما اذا دفعه عن الدين المضمون فان
قال المضمون له بعتك هذا الثوب بما ضمنته لك عن فلان ففي صحة البيع وجهان حكاهما الرافعي عن
ابن سريج والشيخ ابي علي فان صححناه فيرجع بما ضمنه ام باقل مما ضمنه ومن قيمة الثوب وجهان قال
الخلاف في صحة البيع قريب مما حكيته في الصلح عن الامام وغيره فيما اذا ادى من لم يكن ضامنا عن دين
غيره عوضا هل يصح فيه وجهان والاصح الصحة وقد رجع حاصل الخلاف الى ان الضامن هل يرجع
بما اسقط او بما ادى اذا كان اقل مما سقط وقيل ذلك كالتخريج ما لو ضمن ذمي عن مسلم
مالا

مالا للذمي في مصالحا على خمر هل يبرا المسلم فيه وجهان ان قلنا بالاول انبنا على ما اشرنا اليه
فان قلنا ان الضامن يرجع بما اسقط رجع هنا بقدر الدين وان قلنا بما ادى فلا قال
وان احال الضامن على من لا دين له عليه اي وصححناها لم يرجع اي في الحال لانه لم يغرم شيئا
قال حتى يدفع اليه المحال عليه ثم يرجع على الضامن فبعد هذا ثم يرجع الضامن على المضمون
عنه لانه حينئذ غرم بالاذن وهذا من الشيخ تفريع على ان هذه الحوالة لا يحصل براءة ذمة
المحيل في الحال بناء على انها في الحقيقة ضمان كما حكاها عن صاحب التهذيب وغيره ... وقيل
وعدم التحصيل الا في الاداء ... على اصح الوجهين فيما اذا ضمن بلا اذن وادى بغير اقامة
للحوالة مقام الاذن في الضمان كما صرح به الشيخ اما اذا قلنا انها تحصل براءة الذمة في الحال
ولا يشترط دفع المحال عليه المال بل يشترط رجوع المحال عليه على المحيل الذي هو الضامن
كما صرح به الرافعي في باب الحوالة وان كان القاضي ابو الطيب وابن الصباغ قد صارا الى براءة ذمة
الضامن والمضمون عنه بمجرد الحوالة اذا صححناها وما لا اطلاق الشيخ قال وقد حكى
الرافعي فيما اذا صححنا الضمان بشرط براءة الاصيل والشرط ان الاصيل برا وان الحق
بقي في ذمة الضامن وان له الرجوع على المضمون عنه في الحال ان كان قد ضمن عنه باذنه وقيل
ذلك يظهر مجيئه هنا اذ لم يظهر لي فرق بينهما قال وان دفع الى المحتال ثم وهبه
منه رجع لانه عاد اليه بسبب جديد فلم يسقط رجوعه كما لو وهبه لاجنبي ثم وهبه الاجنبي
منه وهذا ما اختاره في المرشد قال وقيل لا يرجع لانه لم يغرم شيئا على الحقيقة وقد
شبه الائمة بان هذا الخلاف وجهان مبنيان على القولين فيما اذا وهبت المراة زوجها الصداق
ثم طلقها قبل الدخول قال والصحيح الاول قاله بالاعيان كالعروض والعواري وهذا بالعين
المستعار قبل القبض والعين بعد المستام لان حقيقة الضمان ضم ذمة الى ذمة والذي العين مضمونة
عليه لا شيء في ذمته بعد وهذا هو المذهب في تحرير المذهب قال وقيل يصح لان الاعيان
يستحق تسليمها بعقد البيع وغيره فاستحق تسليمها بعقد الضمان كالديون وبنى ابن
سريج الخلاف كما حكاه السنجي على الخلاف في كفالة البدن فقال ان قلنا بها لا يصح
لم يصح هذه والا صحت ومعنى هذا البناء ان يكون الصحيح الصحة وهو الذي اختاره في
المرشد وحكى الرافعي ان بعضهم جزم به وان اجرى الخلاف في كفالة البدن وانه فرق بان حضور
الخصم ليس مقصودا في نفسه وانما هو ذريعة الى تحصيل المال وفيهما المقصود رد العين

وفي المقصود بالرد يعني هنا لو تلفت العين قبل الرد فهل على قيمتها حكى الشاشي عن ابن سريج
انه خرجه على الوجهين الاولين فيما لو مات المكفول بدنه ومقتضى هذا ان يكون الصحيح عدم
اللزوم لكن الذي حكاه في المرشد اللزوم وعلى هذا يجب في المغصوب اقصى القيم ام قيمته يوم
التلف لان الكفيل لم يكن متعديا حكى الامام فيه وجهين، واذا تلفت العين المبيعة في يد البائع
انفسخ العقد فان لم يدفع المشتري الثمن طالب الضامن به وان كان قد دفعه فهل يغرم
الضامن الثمن او اقل الامرين من الثمن وقيمة المبيع فيه وجهان اظهرهما اولهما وهذا كله اذا تكفل برد
اعيانها اما اذا تكفل برد قيمتها لو تلفت قال في المهذب يبنى ذلك على ان المكفول بدنه
اذا مات هل يغرم الدين ان قلنا نعم صح ضمان القيمة لو تلفت العين والا لم يصح وهو الاظهر
والصداق العين قبل التلف ليست بواجبة وفي الحاوي له عند الوجوب ضمانها ما
لم يجب وهو مجهول قال الكفالة يصح الكفالة تعالى كفله وتكفل به وتكفل عنه وتكفل به المغصوب
جمع غصب وهو الشيء المغصوب قال الجوهري بمعنى غصب ومغصوب وما العواري نحو يستدل بها
قال وتصح الكفالة بالبدن ولان اصحهما انها تصح لقوله تعالى ان له ابا شيخا كبيرا فخذ احدنا
مكانه قيل وذلك كفالة البدن وقد روي ان عبد الله بن مسعود لما ضرب عنق عبد الله بن النواحة بالكوفة
الذين في مسجد بني حنيفة وقال استتبهم فان تابوا فكفلهم عشائرهم والا فاقتلوهم فاستتابهم
فتابوا فخلى عنهم وكفلهم عشائرهم وهذا يدل على اجماعهم على ان الكفالة بالبدن صحيحة ولان بالناس حاجة
اليها كحاجتهم لكفالة المال ولان البدن يستحق تسليمه بعقد النكاح والاجارة واستحق تسليمه
بعقد الضمان كالدين والثاني لا يصح لقوله تعالى قال معاذ الله ان ناخذ الا من وجدنا متاعنا عنده
فان قوله ذلك انكار للكفالة حين سأله اخوته ان ياخذ احدهم بعد عجز وجدنا متاعنا عنده ولانها
كفالة بعين فلم تصح كالكفالة ببدن الشاهد والزوجة ولان المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه وانما
يجب عليه الخروج مما عليه من الحق وقد يمكن ان يخرج من الحق فلان لا يجب على الكفيل تسليم
المكفول به اولى وهذا القول اخذ من قول الشافعي في الدعاوى والبينات بعد ان نص على جوازها
قال الكفالة بالبدن ضعيفة واجاب من صار الى الاول عن اثر ابن مسعود بانه وقع بعد التوبة فهو ضمان من
عليه حد لله تعالى في الحكم نسلم عدم صحة الكفالة به وهذه الطريقة صار اليها المزني وابو اسحاق
وابن ابي هريرة والقاضي ابو حامد قال وقيل يصح قولا واحدا الماوردي وقد
صار الى هذه الطريقة ابن سريج وطائفة من متقدمي الاصحاب وحملوا قول الشافعي انها

ضعيفة

ضعيفة على ضعفها من جهة القياس وما اجاب به القائلون بالمنع عن اثر ابن مسعود بان
الاستدلال فيه وقع من جهة ان الصحابة امروا بان يكفلهم عشائرهم وذلك منهم دليل على ان الكفالة
بالبدن مشهور عندهم لا من خصوص هذه الكفالة كما استدل الاصحاب بمثل ذلك في قول الصحابة
لعمر هلا امرت يا امير المؤمنين لو جعلته قراضا قال ان قلنا بالبطلان فلا كلام وان
قلنا بالصحة فله شروط احدها ان يكون عارفا بالمكفول بعينه وهل يشترط ان يكون عارفا
بالمكفول له فيه وجهان الثاني ان يكون على المكفول به حق يستحق المطالبة به سوا
كان مالا او غيره كذا قاله الماوردي وقال البندنيجي وغيره ان يكون على المكفول به
حق يصح ضمانه وما قاله الاول يقتضي جواز الكفالة ببدن امراة يدعي رجل زوجيتها
وكذا الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته وكلام البندنيجي وغيره يقتضي عدم ذلك وقد صرح
به القاضي ابو الطيب وابن الصباغ عند الكلام في توجيه القول بصحة الكفالة ويقرب
منه قول المتولي ان الظاهر ان حكم الكفالة بالبدن حكم الكفالة بمن عليه قصاص لان
المقصود عليها لا يقبل النيابة وما ذكراه في ضمان المراة يجري مثله في ضمان العبد الآبق
وقد صرح ابن سريج بانه يصح ضمانه ويقتضي كلام الماوردي انه يصح الكفالة ببدن الكفيل وقد صرح
به في المهذب وعلى قول البندنيجي يلزم فيه الدور لانا لا نعلم انه يصح ضمانه الا اذا وجد الشرط
والشرط ان يكون ما عليه يصح ضمانه ثم مقتضى الكلام جواز الكفالة بمن هو معاند لمن هو بالحضرة
وقد صرح الامام بعدم الجواز لان من بالحضرة لا يلزمه الحضور معاندا في الخصومات والفعل
فيع المكفول ببدنه فاذا لم يجب عليه الحضور لا يمكن ايجاب الاحضار على الكفيل قال الرافعي
وهذا منه بناء على ما سنذكره من ان المكفول لو كان فوق مسافة القصر او غاب اليها لا يلزمه
احضاره قال هل يشترط ان يكون عارفا بما على المكفول بدنه من الدين ان كان
الضامن لا يطالب به فيه وجهان يبنيان على انه اذا مات هل يلزم الكفيل ما عليه ام لا وتعبيره بالشروط
مدلول في الجواب فاي عليها ان شاء الله تعالى قال وان تكفل ببدن من عليه حد لله تعالى
اي كحد الزنا لم يصح لان الكفالة للاحتياط شرعت وما الحد على الاسقاط قال
وان تكفل ببدن من عليه قصاص او حد قذف صح لانه حق لآدمي فاشبه ما لو كان عليه دين قال
وقيل لا يصح لانه لا يصح الكفالة بما هو عليه فلم تصح ببدنه كمن عليه حد لله تعالى وهذه طريقة
ابن سريج ومتقدمي الاصحاب حكاه الماوردي عنهم لحدود الله تعالى كحد الزنا والخمر

والقاضي الحسين على الخلاف المذكور وليس في باب اللعان وصحح الرافعي بسببه ذلك الى اي الطيب
من سله وابن خيران وادعا القاضي ابو الطيب الاجماع على عدم صحة الكفالة في حد الله تعالى وقد حكى
الرافعي عن الشيخ ابي حامد انه بني الخلاف في صحة الكفالة ببدن من عليه قصاص وحد قذف على انه اذا
مات المكفول ببدنه هل يغرم الكفيل ما عليه من المال ان قلنا نعم لم يصح والاصح وبه قطع معظم هذا
البناء يقتضي قول التصحيح فاقتضاه كلام الشيخ وابن القفال وصاحب المرشد وجزم به
بعضهم وادعى الروياني ان المذهب المنع قال وان تكفل بجزء شائع من الرجل اي كالثلث
والربع قال او بما لا يمكن فصله عنه اي مع بقاء الحياة كالكبد والقلب صح لانه لا يمكن تسليم
ذلك الا بتسليم جميعه فاشبه ما لو تكفل ببدنه وقيل لا يصح وهو اختيار الشيخ ابي حامد والقاضي
ابي الطيب وابن الصباغ لان ما لا يسري اذا خص به عضو لم يصح كالبيع والذي جزم به الماوردي
الاول والحق به ما اذا قال تكفلت لك بنفسه او روحه او وجهه او عينه وحكى الخلاف عن ابن
سريج فيما لو قال تكفلت لك بيك او رجله وما في معناهما واجرى البندنيجي الخلاف فيما لو قال تكفلت
لك بعينه والقاضي الحسين اجراه فيما لو قال تكفلت بشعره وقال يحتمل فيما اذا تكفل بعضو من البدن
بلا روح فاوجه قال صرح به في المهذب وعن مالك ان كان العضو المكفول لا يبقى البدن دونه صح والا
فلا وهذا ما صححه البغوي وروى الرافعي وجها عن القفال في شرح التلخيص انه ان تكفل
بما يعبر به عن جميع البدن كالراس والرقبة صح والا فلا وقال عنه انه صححه قال
وان تكفل به بغير اذنه لم يصح لان المقصود احضار المكفول ببدنه عند المطالبة فاذا كان بغير
اذنه لم يلزمه الحضور معه فبطل فائدة الكفالة قال وقيل يصح كما يصح ضمان الدين بغير
اذن من هو عليه وهذا قول ابن سريج وبنا على انه اذا عجز عن احضاره يلزمه الغرم والاول مبني على
انه لا يلزمه الغرم عند العجز عن احضاره وحكى صاحب المهذب في جواز الكفالة به بغير اذنه وان
قلنا ان الكفيل لا يغرم عند العجز عن احضاره وحكى صاحب المهذب في جواز الكفالة بغير اذنه على قول
ابن سريج للكفيل مطالبة المكفول ببدنه بالحضور معه اذا طالبه المكفول له باحضاره ويجب على
المكفول به الحضور معه لا من جهة الكفالة بل من جهة الوكالة في احضاره فلو لم يقل المكفول
للكفيل احضره ولكن قال له اخرج من الكفالة فهل يستلزم ذلك التوكيل في احضاره حكى
يلزم المكفول به الحضور مع الكفيل فيه وجهان عن ابن سريج فحكاه البندنيجي عنده غير
واستعمله الائمة قال وفي وجوب الحضور معه مع التصحيح بطلبه من المكفول له نظر

من

من جهة ان من عليه الحق لا يجب عليه الحضور اذا طلبه صاحب الحق بنفسه كما ذكرناه من قبل وصرح
به الامام في موضعه بل الواجب وفا الحق نعم لو استعدى القاضي للخصم وجب عليه الحضور اجابة
له واذا كان صاحب الحق عجز قادر على احضاره من قبله اولى ولهذا المعنى قطاما ورتبه ابن سريج
في قوله وقال القاضي حسين ان المذهب عدم صحة الوكالة لانه ليس له ان يكلفه الحضور الا بالحاكم
حتى لو وكله للخصم في احضاره لم يكن له ذلك وحده بينهما ورتب صحة الكفالة ببدن الصبي والمجنون
على الخلاف في اعتبار اذن المكفول ببدنه وقال انها على المذهب لا تصح وذلك منه محمول على ما
اذا لم ياذن الولي فيها اما اذا اذن صحت وجها واحدا كما في البالغ العاقل ويكون الولي هو
المخاطب من جهة الكفيل بالاحضار اذا طولب الكفيل به للحاجة الى اقامة البينة على عينهما بالاتلاف
مال الغير ونحو ذلك وهذا اذا لم يزل الحجر عنهما اما اذا زال فالمطالبة على الولي والمخاطب بالحضور من
زال عنه الحجر كما صرح به عن الماوردي ومونة احضار المكفول ببدنه واجبة على الكفيل صرح به
القاضي حسين واعلم ان محل خلاف ابن سريج في صحة الكفالة بغير الاذن كما حكاه القاضي حسين
ما اذا تكفل به بعد ثبوت المال اما اذا كان قبل ثبوته فلا خلاف انه لا يصح بدون الاذن قال
وان اطلق الكفالة طولب به في الحال لان كل عقد صح حالا ومؤجلا اذا اطلق كان حالا كالعوض
في البيع والاجارة قال وان شرط فيه اجلا اي معلوما طولب به عند المحل وفا
بالشرط كما في ضمان الاموال والمحل بكسر الحا اما اذا كان مجهولا كما اذا اجل بالحصاد والقطاف
والصرام ففي الصحة وجهان عن ابن سريج حكاهما البندنيجي وغيره واصحهما البطلان وحمد الصحة القفاس
على العارية وعدد من مثل هذا الخلاف فيما لو علق الكفالة بالدين بمجيء الشهر ولذا فيما لو علقها بحصاد
الزرع او بقدوم زيد لانه في المسلمين مرتب على الخلاف في الشهر واولى بالبطلان اصلا قطع
في الوسيط ان تعليقه شهرا اما اذا اقتضى برى من كفالته لم يصح على الاصح وفيه وجه يحكى في التتمة
وقول في المهذب انه يصح قال وان احضره قبل المحل وليس عليه ضرر في قبوله اي مثل ان
كان حجة حالا وبينه حاضرة والقاضي منتصب للاجماع به في ذلك الوقت ولا ظالم يمنعه من
تسليمه قال وجب قبوله كما ذكرناه في السلم وقد حكى القاضي حسين وجها انه لا يجب قبوله
كما حكيناه مثله في السلم وعلى الاصح اذا لم يقبله سلمه الكفيل للحاكم فان لم يجد حاكما اشهد عليه
شاهدين كالامتناع من التسليم وبرئ وقال القاضي ابو الطيب لا يحتاج الى الرفع الى القاضي
بل يشهد عليه شاهدين ابتدا ويبرا وهذا ما اجاب ابن الصباغ وجزم به في المهذب اما اذا كان

عليه ضرر فان فقد ما ذكرناه او بعضه لم يجب قبوله لرفع الضرر عنه فرع حكاه القاضي
ابو الطيب وغيره اذا تكفله على ان يسلمه اليه في موضع فسلمه اليه في موضع اخر فان كان عليه مؤنة
ولا ضرر لزمه قبوله كما ذكرناه في المحل ولا فرق في ذلك بين المكان والزمان وهذا الحكم فيما
لو اطلق العقد واحضره في غير موضع العقد فانه يستحق تسليمه في موضع العقد وحكى
البندنيجي عن ابن سريج وجماعة انه اذا احضره اليه في غير الموضع المشروط او في غير الموضع الذي
اطلق فيه العقد انه لا يلزمه قبوله وان لم يكن عليه ضرر كما لو احضره اليه في غير البلد وسوى
الماوردي بين البلد والمحلة فيما ذكرناه اولا قال وان سلم المكفول به نفسه اي
عن الكفيل كما قاله القاضي ابو الطيب وغيره برئ الكفيل كما لو قضى المضمون عنه الدين فان
ضامنه برئ من ضمانه اما اذا اطلق فلا يبرأ صرح به الرافعي وغيره وهذا اذا لم يسلم نفسه
لكن طريقه المضمون له به المضمون في مجلس الحاكم فادعى عليه بالحق ولذا لو سلمه اجنبي لا
عن جهة الكفالة ولو سلمه عن جهة الكفالة برئ الكفيل لكن للمكفول له الامتناع من قبوله اذا كان
ذلك بغير اذن الكفيل ولو كان باذنه فرع لو تكفل به اثنان واحضره
احدهما اطلق العراقيون انه لا يبرأ وقال في المهذب يحتمل عندي انه يبرأ كما لو قضى احدهما الدين وهذا
ما حكاه ابن الصباغ عن المزني وحكى ابن يونس هذا الخلاف وجهين وفي التهذيب انهما ان تكفلا
على الترتيب وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه سواء قال سلمته عن صاحبي او لم يقل وان تكفلا
معا فوجهان الذي [illegible] في تعليق القاضي حسين انه لا يبرأ قال وان غاب اي الى موضع
معلوم لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن المضي فيه اليه والرجوع لانه لا يقدر على تسليمه الا بذلك
الضمين يشترط في المطالبة [illegible] من البدن فاذا مضت تلك المدة ولم يات به حبسه الحاكم
الى ان يحضره او يموت المكفول به ولهذا الحكم فيما لو كان المكفول به [illegible] وفي الحلي حكم
وحكى في مسئلة الكتاب انه يحبس في الحال وهذا ما حكاه القاضي حسين في تعليقه ولا فرق فيما
ذكرناه بين ان تكون المسافة قريبة او بعيدة كما صرح به البندنيجي وصححه الرافعي وفي التتمة حكاية
وجه انه اذا كان في مسافة القصر انه لا يلزمه احضاره كالغيبة المنقطعة كما في الكتاب الاول
او نشا هذا الاصل [illegible] فرع لو كان المكفول به حال المطالبة محبوسا او لحق بدار
الحرب قال المزني يلزمه احضاره من دار الحرب لانه مامور وان كان في الحبس فعليه [illegible] لانه
يمكنه ان يمضي اليه ويحمله من الحبس قال البندنيجي والذي عليه الاصحاب انه يلزمه تسليمه

اليه

اليه وهو في الحبس فيحصل والذي يحصل ان كان في حبس الحاكم يقال للمكفول له احضره الى مجلس الحكم
حتى يسلمه فانه يحضره وسلمه اليه في الحبس والحاكم يطالبه وبين المحبوس قال
وان انقطع خبره لم يطالب به حتى يعرف مكانه لعدم القدرة على التسليم قبل العرفان وامهل بعده كما
في ضمان المعسر قال وان مات سقطت الكفالة لان الاحضار سقط بالموت فانه الذي
يطولب بالمال غائبا وقد [illegible] بالموت ولا فرق في ذلك بين ان يكون المكفول مشهور النسب بحيث
لا يحتاج في الشهادة عليه الى احضاره وفيه وجه صححه الرافعي وغيره انه اذا لم يكن مشهور النسب
احتيج الى اقامة الشهادة على عينه انها لا تسقط بالموت بل يطالب باحضاره ما لم يدفن كما يصح
الكفالة ببدن الميت لهذا الغرض فان دفن لم ينبش قاله في التهذيب قال وقيل يطالب
الكفيل بما عليه من الحق اي ان كان قد ضمنه بعد ثبوت الحق كما قاله القاضي حسين لان الكفيل
وثيقة للحق فاذا مات من عليه وجب استيفاؤه من الوثيقة اصله الرهن وهذا قول ابن سريج
وقيل يلزمه اقل الامرين من قدر الدين او دية المكفول وقد حكى الرافعي وغيره ان هذا الخلاف
مبني على القولين في السيد يفدي العبد الجاني بماذا وفي ذلك نظر لان وجه من قال ان السيد
يفدي العبد بالارش احتمال وجود راغب يشتريه وهذا الاحتمال مفقود هنا بل هذا اشبه بام
الولد اذا جنت وقد حكى الماوردي ان ابن سريج طرد قوله فيما اذا هرب المكفول به الى حيث لا
يعلم او توارى وقال الرافعي ان الخلاف في هذا مرتب على الموت واولى ان لا يطالب اذا لم يحصل
الياس عن احضاره وهو الذي جعله القاضي حسين المذهب ولو شرط في الكفالة انه اذا عجز عن
تسليمه غرم الدين فان قلنا انه يغرم عند الاطلاق فلا باس والا فالاصح لانه ضمان معلق بشرط
وفي [illegible] الكفالة بالبدن وضمان المال وجهان بناء على تفريق الصفقة كما حكاه القاضي حسين
اما اذا كان قد ضمنه ولم يثبت الحق عليه بعد ومات فلا شيء عليه فرع لو مات المكفول
له هل تبطل الكفالة فيه وجهان حكاهما عن ابن سريج اظهرهما وهو ما حكاه الماوردي تبقى
الكفالة كما لو ضمن له المال فعلى هذا لو كان للميت ورثة وموصى لهم وغرماء فسلمه الى
الورثة والغرماء والموصى لهم دون الموصي [illegible] برائه [illegible] لو سلمه الى واحد من
الثلاثة دون الثالث او الى اثنين منهم [illegible] حكاه الماوردي والثاني انها تسقط [illegible] والثالث
ان كان له وصي او كان عليه دين [illegible] لان الوصي [illegible] الى قضاء الديون وان لم يكن
وصي ولا دين بطلت واورد في الوسيط لفظ الوصي بالوصية والذي في النهاية ما ذكرناه

الثاني لو مات الكفيل قال الماوردي بطل على مذهب الشافعي سقطت الكفالة وحكى في المطلب
عن ابن سريج انه لا يبطل لانه قد يقضى الى مال متعلق بالتركة ثم قال الثالث لو احال له
بما فيه ثم لو تكفل ببدن فلان على ان يبرأ فلان من كفالته او على ان يبريه من الكفالة لم
يصح الكفالة وفي المطلب وجه في الثانية عن ابن سريج انها تصح وهو ما حكاه القاضي حسين
في المسألة الاولى وان الاول يبرأ اذا رضي المكفول له وطرده فيما اذا ضمن دينا به ضامن
اخر فشرط ان يبرأ الضامن الاخر اذا تكفل زيد ثم قال الرابعة لو قال كفلت به ولا دين عليه فالقول
قول المكفول له مع يمينه او بعينه فيمين وجهان حكاهما العراقيون وحكى الغزالي فيما
لو قال الكفيل ابرأت قبل تكفلي ولم اعرف في سماع دعواه للتحليف وجهان يجريان في كل
دعوى محتملة ناقضها عقد سابق

باب الشركة

الشركة بكسر الشين واسكان الراء والشرك بمعنى واحد وجمع الشرك اشراك مثل شبر واشبار وفتح الراء في
اللغة بمعنى الاختلاط والافتراق وفي الشرع عبارة عن ثبوت الحق في الواحد لشخصين على جهة
الاشاعة ثم هي تحصل تارة بالخلط على الوجه الذي يسمى تارة بالارث اي ثم في ذلك على
وجه من احدهما بالاختيار كما اذا اشتريا عبدا او اتهباه او اوصى لهما به او تصدق عليهما
ونحو ذلك والثاني بغير الاختيار كما اذا ورثاها او غنماها ونحو ذلك والمراد بالشركة المبوب
عليها الشركة لاجل العمل بالتصرف والاصل في جوازها قبل الاجماع من الكتاب
قوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ومن السنة ما روى ابو داود عن ابي
هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يقول الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما
صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما وما روي انه عليه السلام قال يد الله على الشريكين ما لم
يتخاونا وقد كان البراء تاجرا وزيد بن ارقم شريكين في شيء فقصه سعد وشبهه
فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه
قال يصح عقد الشركة اي التي سنصفها من كل جائز التصرف بالاجماع ولان وضع
الشركة توكيل بالتصرف منضم الى التصرف في الملك والوكالة تصح من كل جائز التصرف ولا تصح
من غيره لانه تصرف في المال فافتقر الى اهلية التصرف فيه كالبيع فان قيل اذا كان وضع
الشركة التوكيل والاحكام لا تتغير بها فاي فائدة فيها قيل الشركة فائدتها تغير

وضع

وضع الاصول واما الغرض فيها ان المال اذا قل لا يجري في المتاجر واذا انبسطت التجارة بها
كثر المال للتوصل الى تحصيل الربح ولا فرق في صحة العقد بين ان يصدر بين مسلمين او
كافرين او من مسلم وكافر نعم شركة المسلم الكافر مكروهة لما روي عن ابن عباس انه قال اكره ان
يشارك المسلم اليهودي والنصراني لانه يخالف ولان مال الكافر ليس بطيب لانهم يبيعون الخمور
ويتعاملون بالربا فلذلك كرهت مخالطته ومن هذه العلة يظهر لك انه لا فرق في الكراهة بين
ان يكون المتصرف مسلما او الكافر كما صرح به ابن الصباغ ووافق الغزالي بالكافر في الكراهة الفاسق
قال ولا تصح اي عقد الشركة الا على الاثمان على ظاهر النص والاثمان الدراهم والدنانير
خاصة والدليل على صحتها عليهما الاجماع وعلى عدم صحتها على غيرهما من اسباب ذوات الامثال
والعروض انه عقد يقصد به النماء فاختص بالاثمان لتيسر المقصود بها كالقراض وهذا ما
نسبه الرافعي في السبب وعزي الى رواية البويطي قال وقيل يصح على كل ماله مثل اي حقيقي
كالمكيل والموزون من الحبوب والادهان المتساوية في الوصف كما قاله الروياني في البحر
والرافعي وغيرهما ونزل التبرع الكمال منزلة الثمنين لانهما اذا اختلطا لم يتميز احدهما عن الاخر
وقيمتها واحدة في حال الارتفاع والانخفاض فيصح عقد الشركة عليهما كالاثمان وهذا قول ابن
سريج وابي اسحاق واكثر الاصحاب كما حكاه الماوردي قال وهو الاظهر الذي ذكراه
وذلك صححه الرافعي والنووي في الروضة قال الامام انه المعتمد في الفتوى وقد ظهر من
علة ظاهر المذهب وعلة مقابله ان عدم الصحة على العروض هل لعدم تيسر تحصيل المقصود
بها او خشية ان يقوّم احدهما بجزء من مال صاحبه او ربحه فانه قد يزيد قيمة عرض احدهما وينقص
قيمة عرض الاخر بارتفاع الاسواق وانحطاطها وذلك يخرج الشركة عن موضوعها ويستظهر لك
من هذا الخلاف في الدراهم المغشوشة هل يصح عقد الشركة عليها حكم الروياني فيها
بالمنع وحكى صاحب العدة ان الفتوى على الجواز اذا استمر رواجها وصحح الرافعي ذلك على جواز القرض
عليها وفيه خلاف سلف ان شاء الله تعالى قال الرافعي اذا جوزنا الشركة في المثليات فان استوت
القيمتان كما شرطنا التساوي وان اختلفا كما اذا كان لاحدهما كر حنطة قيمته مائة وللاخر كر
حنطة قيمته خمسون فهما شريكان في الثلث والثلثين كذا حكاه العراقيون ثم قال وهذا مبني على قطع
النظر عن المثلية من تساوي الاجزاء في القيمة والاولى ان هذا الاختلاف يقتضي لذلك العلل وقد
وهذا الكلام منه يدل على صحة عقد الشركة عليهما والذي شرطناه او لا من تساوي المثلين في الوصف

منع ذلك وقد صرح بحكاية المنع في هذه الصورة الروياني في البحر ثم قال الصحيح السديد فيهما الطريق
التي صححته في العروض كما سنذكره فاسد ثم ما يورد بعض الطلبة على المصنف انه
ما قصر حصره ههنا جواز الشركة على النقدين او على ذوات الامثال على راي دون ما عدا ذلك
بقوله وان كان مالهما عرضا الى اخره فانه قد يجوز الشركة في غير النقدين والمثلي وهو
ولان الكلام اولا في عقد الشركة وهو قولهما اشتركنا في هذين المالين وهذا العقد لا يصح ايراده
على عرض لبيت [illegible] اصلا وانما تصح الشركة على ما ذكره فلا اعتراض قال
ولا يصح من الشركة الا شركة العنان لما انقسمت الشركة الى اربعة انواع منها ثلاثة
باطلة وهي شركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه وواحد احتاج المصنف
الى بيان الصحيح منها وهي شركة العنان وقد اجمع العلماء على جوازها وهي [illegible] واختلف
في المعنى الذي لاجله سميت هذا الاسم فقيل سميت بذلك اخذا من عنان فرس الرهان لان
الفارسين اذا استبقا تساويا في اعنان فرسيهما وكان احدهما لا يخالف الاخر كذلك هذه الشركة
من شانها ان يتساويا والشريكان فيها في قدر ربح مالهما وقيل اخذ من عنان الفرس في الرهان
بجهة اخرى وهي ان كل واحد من الفارسين يفعل فعل صاحبه ويصنع بصنعه لا يخالفه في
ذلك كل واحد من الشريكين بمال شريكه ولا يخالفه وقيل لان عنان الدابة يمنعها من التصرف
المشتهى [illegible] كذلك الشركة تمنع كل واحد منهما من التصرف في المال باختيار ونقص على ان
يتصرف بما فيه مصلحة وقيل لان كل واحد من الفارسين ياخذ بعنان الدابة ويحبس يده عليها ويده
الاخرى مرسلة يتصرف فيها كيف شا كذلك كل واحد من الشريكين بعض ماله محبوس على الشركة
ومقصور على التصرف فيها وباقي المال مطلق له يتصرف كيف شا وقيل لان كل واحد منهما
يملك التصرف في جميع المال كما يملك عنان فرسه يتصرف فيه كيف شا وقال الفراء وابن قتيبة انها
مشتقة من عن الشي اذا ظهر ولهذا سمي العنان عنانا لانه ظهر [illegible] القاضي حسين
قال وصوابه يعقد على ما يجوز الشركة عليه اي كاحد النقدين ان قلنا بالاظهر
وصيغة العقد ان يقولا اشتركنا في هذا المال وهل يحتاج مع ذلك الى الاذن في التصرف
ليستفاد به جواز التصرف او لا يحتاج اليه ويستفاد بنفس العقد فيه وجهان حكاهما
المراوزة احدهما وهو ما اقتضاه كلام المصنف الثاني وهو الاظهر في الوجيز اذا كان [illegible] المفهوم
منه عرفا لانه لو اشترط [illegible] العقد فائدة لان المال مختلط والاذن حاصل [illegible] ذكر

في اخر الباب ما [illegible] والذي جزم به القاضي ابو الطيب وغيره من العراقيين الاول وهو
الذي رجحه ابن [illegible] والبغوي وغيرهما وروى الماوردي عن ابن سريج انهما اذا اخلطا المالين
على الشركة او اذنا اذنا عاما على الشركة جاز ان يتصرف كل واحد منهما في جميعه من غير احتياج الى اذن
وهو الذي حكاه في الانتصار [illegible] حكاه الروياني وعلى القول بعدم اعتبار الاذن لكل واحد منهما ان
يتصرف في جميع المال ويجوز ان يكون مال الشركة في يد احدهما وعلى القول باعتبار الاذن ان وجد
من كل واحد منهما للاخر تصرفا [illegible] فان اذن احدهما دون الاخر تصرف الماذون له في جميع
المال والاذن في ماله خاصة وهذا الحكم فيما اذا قلنا لا يشترط الاذن في التصرف وعند [illegible]
في الابتدا بهذا الشرط قال الامام واختصاص الماذون له بالتصرف في مال صاحبه يلحق المعاملة
بما هاه القراض ولا يبعد في تسميتها شركة [illegible] مشتركا في راس المال وقال البندنيجي
والقاضي ابو الطيب والروياني وغيرهم في هذه الصورة انها ليست بشركة ولا قراض لان
مقتضى الشركة ان يشتركا في العمل والربح ولم يوجد ذلك قلت وهو منطبق على [illegible]
العنان ما جوزه من [illegible] وفي العمل فالاولى لا ذاك قراض لان مقتضاه ان يكون للعامل
في مال الغير نصيب من الربح لكونها تضاعف [illegible] في هذه الصورة هل يشترط انفراد الماذون له
باليد كما في عقد القراض فيه وجهان وهل يشترط الاذن منهما او من احدهما بعد التصرف
الذي حكاه العراقيون في انه ان وجد عاما فيما يرى من انواع التجارات وصنوف الامتعة
تصرف فيها مطلقا وان عين له جنسا دون جنس او نوعا دون نوع كان له التصرف في ذلك
الجنس والنوع دون ما عداه وقال القاضي حسين في الجنس الصحيح ان تعيين النوع في الشركة
يشترط [illegible] وقيل لا يشترط كما في القراض فعلى الاول وهو
الصحيح يجوز ان ياذن احدهما للاخر في التصرف في الثياب والدواب وهو يتصرف في الثياب
فرع قال في الزوائد عن المحاملي لا فرق في النوع المعين بين ان يعم وجوده او لا كان ذلك
[illegible] بخلاف القراض حيث قلنا لا يصح ان يقارض
الا على ما يعم وجوده لان القصد منه حصول الربح فمتى كان النوع مما ينقطع [illegible]
المقصود قلت ويتخرج وجه فيما اذا اذن فيما لا يعم ان الشركة لا تصح مما ذكره في علة
اختصاص الشركة بالنقدين قال وان [illegible] مال احدهما من جنس مال الاخر
وعلى صفته بان كان لاحدهما دراهم ومع الاخر دراهم او مع احدهما صحاح ومع الاخر

وإنما لم يصح الشركة لأن أسماء العقود المشتقة من المعاني يجب تحقق تلك المعاني فيها كما في
الحوالة والسلم والصرف ومعنى الشركة الاختلاط والامتزاج وهو لا يحصل في ذلك لأن مال كل
منهما متميز عن مال الآخر وهذا الخلاف فيما لو اتفقا جنس النقدين من الآخر في السكة أو تفاوت
مع استوائهما في الصفة أو تفاوت أو سواد فهي إذا جوزنا الشركة على ذوات الأمثال كان من
أحدهما حنطة بيضاء ومن الآخر سمسم أو من أحدهما حنطة حمراء ومن الآخر حنطة بيضاء لما ذكرناه
وحكي عن أبي سعيد الإصطخري أنه جوز الشركة على الدراهم السود مع البيض وعن أبي إسحق رواية
وجه أنه جوز الشركة على الحنطة السمراء والبيضاء قال وأن يخلط المالين ليتحقق معنى الشركة
وهذا الخلط شرط في صحة العقد فعلى هذا يعتمد على قولهما اشتركنا والإذن في التصرف إن اعتبرناه
وقبل ذا وجد الخلط بعد العقد في المجلس فقد حكاه القاضي الحسين والمتولي ولو تأخر عن
المجلس لم يصح وفي كلام الإمام ما يقتضي الجواز أيضا فإنه حكى عن الأصحاب ما ذكرناه أولا ثم قال
وفيه فضل نظر فإن مستند الشركة الوكالة بالتصرف والخلط خرج على الخلاف لا محالة وإن جرى
التوكيل مع تميز المالين ثم فرض الاختلاط فالوجه القطع بصحة الوكالة أولا ودوامها مع
وجود الاختلاط إذ أجرى الكل بسبب الإذن نعم لو قيد الإذن بالتصرف في المال المفرد فلا بد
من الإذن بعد الخلط وما ذكرناه من اعتبار الخلط مفروض فيما إذا كان المالان متميزين أما إذا كان المال
مشتركا بينهما على سبيل الشيوع فهو أبلغ من الخلط قال ولا يشترط أن يكون مال أحدهما
مثل مال الآخر في القدر لأن الربح يحصل بالمال والعمل فيه فلا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي
في المال والاختلاف في العمل لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في العمل والاختلاف في المال
وهذا قول الأنماطي قال وليس بشيء وقال الإمام إنه هفوة عن معتبر لأن المال
أصل فلذلك أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما به والأصل لا يقاس على التابع على المذهب وهو عدم
اشتراط التساوي في المال لو كان بينهما مال مشترك على الشيوع فهل يشترط العلم
حالة العقد بمقدار النصيب بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى فيه وجهان
المذكور منهما في بحر المذهب عدم الجواز لأنه قال لا يجوز عقد الشركة على الدراهم المغشوشة
لأن الفضة فيها مجهولة ويجب أن يكون مال الشركة معلوما ولذلك في الحاوي عند الكلام
في شركة الأبدان والأظهر منهما في الرافعي أنه لا يشترط ويشبه إذا أمكن معرفته من بعد وهذا الوجه
جزم به في الوجيز ونقله بلا حكاه الإمام عن طوائف من الأصحاب ثم قال وفيه نظر سنذكره

وقد

وقد حكى الرافعي أنه ما جرى الخلاف وجهان حكاهما الأصحاب فيما إذا كان بين رجلين مال مشترك
وكل منهما يجهل قدر حصته فأذن كل منهما للآخر في التصرف في جميع المال أو في نصيبه هل يصح
الإذن وأن أظهرهما الصحة ومقتضى هذا أن لا يعتقد بصحيح الوجه بصحة الشركة فيما إذا أمكن
معرفة القصد من بعد كما أطلقه في الوسيط قال وإن كان مالهما عرضا وأرادا
الشركة أي باع كل واحد منهما بعض عرضه أي مشاعا كالثلث والربع ببعض عرض صاحبه
سواء كان مساويا [illegible] كالنصف بالنصف أو غير مساو كالثلث بالثلثين قال
فيصير مشتركا بينهما أي على نسبة ما وقع عليه العقد ثم يأذن كل واحد منهما للآخر في
التصرف أي بعد قبض ما اشتراه لأن عقد الشركة لا يتضمن الإذن في التصرف وإن تضمنه عقد
الشركة على رأي ويجيء فيه ما حكاه الماوردي عن ابن سريج فيما إذا كانت عامة عقد الشركة أنه لا
يحتاج إلى الإذن في التصرف وإنما اعتبرنا أن يكون بعد القبض لأن المشتري لا يصح قبل القبض
توكيله من طريق الأولى فقول الشيخ ثم يأذن كل واحد منهما إلى آخره أحسن من عبارة [illegible]
الإذن العقد فإنه إن كان مشروطا بطل كما صرح به الروياني في البحر والبندنيجي وغيرهما وإن
كان غير مشروط فهو قبل حصول الملك فيه فلا يصح قال وما حصل من الربح
يكون بينهما على قدر المالين وما حصل من الخسران يكون عليهما على قدر المالين [illegible]
الشركة ولا يسقط معرفة قيمة العرض على الأصح وفي ذلك وجه حكاه الماوردي وهو قول ابن سريج
المزني ويستثنى إلى تصحيح الشركة بالعروض المقومة وهي تجري فيما لو كان مع أحدهما دراهم
والآخر دنانير ولا يختص تصويرها بأن يبيع كل منهما عرضه ببعض عرض صاحبه بل يجوز أن يبيع
كل منهما بعض عرضه من صاحبه بثمن في ذمة صاحبه ثم يتقاصا أو يتقارنا أو يتقابضا على حسب
ما سبق ويجوز أن يشتريا عرضا للشركة على الشيوع ثم ظاهر إطلاق الأئمة يقتضي أن ذلك إذا وجد
صار العوضان مشتركين وملكا التصرف بحكم الإذن ولكن لا يثبت أحكام الشركة فيما يختص به
من التصرفات بعد ذلك إلا ما يشتريانه بعد على الثمن بعد نقضه وهذا ما حكاه القاضي حسين في تعليقه
وقال الفوراني في الإبانة إن الحيلة في هذه الشركة كالحيلة في الحنطة والشعير يشير إلى أنها خلافا
في ذوات الأمثال وما حكيناه خلاف ما أشرت إليه من أن ظاهر النص ومقابله [illegible]
العرض يصح المراد لما يقول من النقود غيرها ويستغني المرابح كما يقول في النقود ولذا حكاه
البندنيجي ومقتضى هذا أن كلام الشيخ يشمل ما ليس بمثلي والمثلي إذ قلنا لا يجوز عقد الشركة

عليه قال الحلي قال فإن شرطا ما يخالف مثل أن كان لكل منهما ألف وشرطا التفاضل في
الربح أي مثل أن يشترط لأحدهما ثلثي الربح وللآخر الثلث أو تفاضلا في المال بأن كان لأحدهما
ألف وللآخر ألفان وشرطا التساوي في الربح بطل العقد لأن الربح جزء من الأثمان والثمن يتوزع
على قدر المثمنات ولهذا إذا أطلق العقد نزل على ذلك فإذا شرط خلاف مقتضاه بطل كما لو
شرط أن يكون جملة الربح لأحدهما ولأن الشركة تفضي إلى الربح تارة وإلى الخسران أخرى فلما
كان الخسران مقسطا على المال ولا يتقسط بالشرط وجب أن يكون الربح مثله وفي بحر
المذهب حكاية عن القاضي الطبري أنه حكى عن بعض أصحابنا أن الشرط يفسد وتصح الشركة
وحكى الماوردي وجهين في أن شرط التفاضل إذا بطل كما ذكرناه في الصورتين هل يوجب بطلان
الشركة بمعنى بطلان الإذن في التجارة بالمال المشترك أحدهما قد بطل الإذن لبطلان
الشرط فيه فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في جميع المال فإن تصرف كان كمن تصرف في مال
مشترك بغير شركة فاسدة والثاني لا يبطل الإذن ويجوز أن يتجر كل واحد في جميع المال ويكون
الربح مقسوما بالحصص وهذا إن لم يكن غير الوجه الذي حكاه الطبري ولا أعرف بينهما فرقا
مع أن الوجهين حكاهما قال وقسم الربح بينهما على قدر المالين لما ذكرناه ولأنه
مستفاد من المالين فكان على قدرهما قال ولو كان بينهما كما لو ثبت أو ساه فهي الأولى
فقسم الربح بالحصص في الثانية أيضا وهذا من الشيخ يدل على صحة التصرف لأن الربح فرع له
وقد صرح به في المهذب وغيره اعتمادا على بقاء الإذن قال ويرجع كل منهما على الآخر
بأجرة عمله في ماله لأن الشركة تقتضي تقسيط الربح في الثاني فيستحق العوض فيه على العمل
عند فساده كالقراض وعلى هذا ففي صورة النزاع في المسألة الأولى حالتان إحداهما أن
يساوي عمل كل منهما مائة فلكل منهما على صاحبه خمسون لأن نصف عمله وقع في ملكه وملك الآخر
فيتقاصان والثانية أن يساوي أجر أحدهما مائة والآخر مائتين فيستحق صاحب المائة
على الآخر خمسين ويستحق صاحب المائتين على صاحب المائة مائة فيتقاصان في خمسين
ويرجع صاحب المائتين على صاحب المائة بخمسين وفي صورة النزاع في المسألة الثانية
ثلاثة أحوال أحدها أن يكون أجر عمل صاحب الألفين مائتين وأجر صاحب الألف مائة
فقد وجب لصاحب الألفين على صاحب الألف ستة وستون درهما وثلثا درهم ووجب له عليه
مثلها فيتقاصان والباقي ساقط بحكم العمل في الملك الحالة الثانية إذا كانت

أجرة

أجر كل منهما مائتين رجع صاحب الألف على صاحب الألفين بستة وستين وثلثين ويسقط
مثلها في مقابلة ملكه ويتقاصان بمثلها إذ هو الواجب على صاحب الألف لصاحب الألفين
الحالة الثالثة إذا كان أجر صاحب الألفين مائة وأجر صاحب الألف مائتين رجع
صاحب الألف على صاحب الألفين بمائة ويسقط من أجرته ستة وستون درهما وثلثا درهم في
مقابلة ملكه ويتقاصان في ثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم إذ هي الواجبة على صاحب الألف
لصاحب الألفين وقد حكى المتولي وجها أن الشركة إذا فسدت لا يرجع أحدهما على الآخر
بأجرة عمله لأن الفاسد كالصحيح في وجوب الضمان وعدمه والشركة إذا كانت صحيحة لا يرجع
فيها بأجرة العمل فكذلك إذا كانت فاسدة وهذا الوجه إذا كان المشروط له الزيادة
من أجرة عمله أقل وهو الذي صححه الإمام وغيره وعلى هذا لا أثر لفساد الشركة في هذه الصورة
أصلا بل الفاسد هو الشرط إذا قلنا إن الإذن لا يبطل بالشرط كما جزم به معظم الأصحاب
وقد حكى المراوزة فيما إذا شرطت الزيادة لمن له مزيد عمل وجها أنه يصح والأصح عندهم
عدم الصحة أيضا والقائلون بالمذهب فرقوا بين الصحيح والفاسد بأن كلا منهما قد
شرط في مقابلة عمله جزءا من الربح وقد تعذر عليه الرجوع إليه في الفاسد فكان له الرجوع
إلى قيمة المبذول كالبائع بيعا فاسدا وقد تعذر رده فإنه يرجع إلى قيمته وإذا كانت صحيحة فالمسمى
قد سلم له فيها وما ذكرناه مفروض فيما إذا وجد العمل منهما أما إذا انفرد أحدهما بالعمل
وشرطا فإن كان في المسألة الأولى وقد شرطت الزيادة للمنفرد بالعمل مثل أن شرط له ثلثا الربح
وللآخر الثلث صح واستحق النصف بحكم الشركة والسدس بحكم أنه مقارض وجاز القراض هنا
على المشاع لأنه لا يمنع من التصرف قاله المراوزة وحكوا أنه لا يصح هذا الشرط أيضا وصححه الرافعي
لأنه لا يمكن جعل هذا العقد شركة وقراضا لأن العامل في القراض يعمل مختصا بمال المالك وهنا
يعمل في ملكه وملك صاحبه قال وهذا قريب الشبه بمسألة معترك الطحان كما سيأتي والأول
مشابه لما حكيناه عن العراقيين والمراوزة فيما إذا وقع الكلام المشترك ليصيد به أحدهما على
أن يكون له ثلثا الصيد والأصح فإنهم قطعوا بالصحة وإن شرطت الزيادة لغير العامل فالحكم كما
تقدم فيما إذا كان العمل منهما متساويا ووجه عدم الرجوع بأجرة العمل هنا أظهر لأنه رضي
بأن يكون عمله مجانا مع نقص حصته من الربح قطعا وقد يحصل له تمام ربح ماله ويساوي
مسألة ما إذا قال قارضتك على أن الربح كله لي لأنهما إذا تزوج امرأة لا يسمى لها ولا يثبت

بالنصف

عندها وكان مهر مثلها اكثر من المسمى فانها لا تستحق القدر الزائد لما اشرنا اليه وان كان في
المسئلة الثانية نظر فان كان صاحب الالة هو المنفرد بالعمل فالحكم كما لو كانا مقتسمين ومن يشترط
له من الربح الثلثان ويستحق النصف من الربح بلفظ الشركة ويستحق اجرة الراس وان كان صاحب
الالة هو المنفرد بالعمل فالحكم كما لو كان العمل منهما وقد تساويا في المال فرع اذا قلنا
بصحة شرط الزيادة لمن زاد عمله وانفرد به فاطلق العقد وظاهر كلام العراقيين ان الربح
مقسم على نسبة المالين وحكاه الامام وجماعة عن رواية صاحب التقريب والشيخ ابي محمد انه يثبت
لمن زاد عمله بسبب الزيادة اجر بحكم ما اذا استعمل صاحبه ولم يذكر له اجرة قال
واما شركة الابدان وهو ان يشتركا على ما يكتسبان بابدانهما فهي باطلة وصورة المسئلة ان يقول
الصانعان على ان ما يحصل لنا من كسبنا نقتسمه على حسب ما نشرطه سوى كانا متفقي الصنعة
كالنجارين والحدادين او مختلفيها كالحداد والنجار والدليل على بطلانها ما احتج به بعضهم من قوله
صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وليس هذا في كتاب الله ونهيه عليه
السلام عن الغرر كما رواه ابن عباس وهذا غرر لان كل واحد منهما لا يدري ان صاحبه
يكسب ام لا وكم قدر كسبه ومن جهة المعنى ان المعقود عليه في هذه الشركة العمل كان العقود
على عين من العمل المال والمال لو كان مجهولا فانها لم تصح فكذلك اذا كان العمل مجهولا في هذه
لانها عقدا على منفعة غير مقدرة فوجب ان لا تصح كما لو عقد الشركة مع صاحب
الجمل والراوية على الاستقاء فانه لا تصح بالاجماع كما سنذكره بعد هذا من على ما لو اشترك
وتعرض لسواهما فيشتركان في اجرتهما قال وما حصل لكل واحد منهما اجرة عمله لا يشركه
فيه الاخر فان عمل احدهما بمعين من الاخر مثل ان يخيط
احدهما ثوبا والاخر مثله ونحو ذلك كانت اجرة كل لمن خاطه وان لم يتميز كما اذا حاطا القميص
معا او نسجا ازارا معا كانت الاجرة على قدر اجور امثالهما وعن حكي العراقيين ان من الاصحاب
من قال ان للشافعي قولا في هذه الشركة انها جائزة لانه قال لو اقر احد الشريكين على صاحبه
بما لم يصل اقرار سواء كانا شريكين في المال او العمل وروى صاحب التهذيب هذا وجها عن بعض
الاصحاب والصحيح هو الاول والقائلون به قالوا انما ذكره الشافعي من الاقرار محمول ان
فرع على مذهب الغير فلا يدل على انه قول له وقد نسب الرافعي هذا التاويل الى ابن
ابي هريرة وانه قال يحمل على ما اذا اشتركا في المال على ان يعملا جميعا قال

واما

واما شركة المفاوضة وهي ان يشتركا على ما يكتسبان بابدانهما واموالهما وان يضمن كل واحد منهما
ما يلزم الاخر بغصب او بيع فاسد او ضمان مال فهي باطلة لما فيها من الغرر قال الشافعي لا
اعلم في الدنيا شيئا باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة ولا اعلم القمار الا هذا واقل منه
ولانها شركة معقودة على ان يشارك كل منهما صاحبه على ما يختص بسببه فلم يصح عقدها كما
لا يصح على ما يربحان او يستفيدان ولانها شركة معقودة على ان يضمن كل منهما ما يجب على الاخر
بعدوانه فلم يصح كما لو عقداها على ان يضمن كل منهما ما يجب على الاخر بجنايته لان هذا العقد
يخالف موجبه موجب سائر العقود في الاصول وان كان كذلك وجب ان لا يصح ولا
يقال النكاح قد خالف موجبه سائر العقود في وجوب الاشهاد فيه وقد صح لانا نقول
انما صح ان ينفرد بذلك لانه ثبت في الشرع عن النبي صلى الله عليه وسلم فصار اصلا بنفسه وليس
من شرط الاصل موافقة غيره وليس كذلك هذه الشركة فانها مختلف فيها فوجب الحاقها بالاصول
التي تقررت في الشرع هكذا قاله القاضي ابو الطيب قال وما حصل لكل واحد منهما ربح
ماله واجر عمله ويضمن ما يختص به من الغصب والبيع الفاسد وضمان المال لاختصاص كل
واحد منهما بسبب ذلك فرع لو استعملا لفظ المفاوضة وارادا شركة العنان
جاز نص عليه قاله الرافعي بعد سميت هذه الشركة شركة المفاوضة من قولهم
تفاوض الرجلان في الحديث اذا شرعا فيه جميعا وقيل من قولهم قوم فوضى اي مستوون قال
واما شركة الوجوه وهو ان يشتركا في ربح ما يشتريان بوجوههما فهي باطلة وصورة المسئلة ان
يكون شخصين وجيهين عند الناس ومنزلة تمكن ان يشتري كل منهما بجاهه شيئا الى اجل
ويكون فيشتركان على ما يشتريان بجاههما ويكون ذلك بينهما ويبيعان ثم يقبضان
الدين عند المحل وما يفضل يكون بينهما هذا معنى ما نقل وحكى صاحب البحر ان بعض اصحابنا
صورها بما اذا كان احدهما ذا وجاهة فيقول لمن لا جاه له انا اخذ المتاع بجاهي واعطيك
حتى تبيعه ويكون المال والتصرف منك وان هذه الصورة هي المذكورة في الافصاح
وعكس ابن الصباغ والامام صاحب الاول صورتها ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال
ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده ولا يسلمه الى الوجيه والربح
بينهما وقيل صورتها ان يكون احدهما ذا وجاهة فيقول لاخر اشتر على جاهي متاعا

والربح بينهما ويسمى هذه الشركة على الصور الاربع والاخير شركة الجاه وبعضهم حصر هذه التسمية
بالصورة الاخيرة والكل باطل لانها شركة في غير مال فلم تصح كالشركة على الاحتطاب والاحتشاش
ولان ما يشتريه كل منهما فينفرد بملكه فلا يشاركه غيره في ربحه لان الربح يتبع المال قال
وان اذن كل واحد منهما للآخر في شرى شيء معلوم فاشترياه ونوياه عند الشرا ان يكون ذلك بينهما
كان بينهما لا بهذا وكاله فيترتب عليها حكمها قال وربحه لهما لان الربح نماء الملك
فكان لمن حوله والمشتري على المشتري الآخر نصفا جره عليه فيما اشتريه صرح به الروياني في
البحر والملك في المشترى يحصل بذكر الحسن وغيره مما نبينه في الوكالة بالشرا في موضعه
كما صرح به القاضي ابو الطيب وليس المراد من قول الشيخ فاشترياه ونوياه ان يقع العقد منهما
في حالة واحدة بل المراد ان يصدر العقد منهما على القول في شي واحد او منهما على سبيل
الصفة المذكورة ولو لم ينوياه عند الشرى وكان قد عقدا الشرا على ذلك وقع العقد للمباشر
خاصة قال والشريك امين فيما يشتريه اي فيقبل ان يشتري بسامه حسنا وان
يدعي عليه الآخر انه اشتراه لنفسه فيقول بل للشركة فالقول قول المشتري لانه
اخبر بنيته والمراد بالخسران النقص الذي لا يعاش بمثله او انخفاض الاسعار بعد الشرا
ولذا لو اشترى شيئا وقد ربح فادعى انه لنفسه وقال الشريك بل للشركة فالقول قول
المشتري لما ذكرناه ولان الاصل عدم الشرا للشركة يدل عليه انه لو اطلق وقع لنفسه
قال ويقبل قوله فيما يدعيه من هلاك اي ما يستحق او مع اقامة البينة على السبب الظاهر
لا يعسر عليه اقامة البينة على التلف مع انما تمنه فكان القول قوله كالمودع وكل هذا يظهر
مما قررناه ان الشركة في الحقيقة وكالة وعلى [illegible] يجري سائر تصرفاته في نصيب الشريك حتى
لا يبيع بدون اذنه نسيئة ولا بغير نقد البلد ولا بغبن ولا يسافر به فرع
لو ادعى الشريك تلف المال في يوم كذا واقام الآخر بينة انه كان في يده بعده بطل دعواه
وهل يضمن وجهان احدهما نعم فيغرم حصة الشريك والثاني لا وبه قال ابو العباس وسال عن ذلك قال
فان ذكروها بسبب مع بينته لما ضمنه لم يغرم وان لم يبين عدم [illegible] في البحر قال
ومما يدعي عليه من خيانة اي بعد تبينها دون ما اذا اطلق دعوى الخيانة فانها لا تسمع ووجدها
قال الشيخ ان الاصل عدم الخيانة فرع لو كان بيد احدهما مال فقال هذا نصيبي

وهو

وهو الذي حصل لي بالقسمة وقال الآخر لم نقسم بعد وهو مشترك فالقول قول الثاني لان
الاصل بقاء الشركة وعلى مدعي القسمة البينة قال فان عزل احدهما صاحبه عن التصرف
اي في نصيبه انعزل لان الشركة في الحقيقة وكالة وهي من العقود الجائزة كالشركة
قال وبقي الآخر على التصرف اي في نصيب المعزول الى ان يعزل او لم يصدر في حقه
ما يقتضي عزله ولو قال احدهما فسخت الشركة انعزلا جميعا لان فسخ الشركة مقتضاه
زوال اذن كل واحد منهما لصاحبه وفي بحر المذهب ان القاضي الطبري قال اذا قال احدهما
فسخت الشركة نظر فان اراد منع صاحبه ان يتصرف له في جميع المال وان اراد في [illegible]
جميعا لم يكن لواحد منهما التصرف في حق صاحبه والمشهور هو الاول وبه يقوى ان التصرف في
شركة العنان بعد عقدها وخلط المال لا يتوقف على الاذن فيه كما اقتضاه كلام الشيخ قال
عقد الشركة لو لم يكن مستلزما له لما امتنع بفسخ عقد الشركة ولما انا مثل المتولي هذا المعنى
بين [illegible] على ان التصرف هل يملك بمجرد عقد الشركة ام لا بد من الاذن فيه وعلى الصحيح
لا يجوز لاحد الشريكين بعد فسخ الشركة ان يتصرف الا في نصيبه [illegible]
بخلاف القراض حيث يجوز للعامل بعد فسخه بيع العروض لان حقه في الربح وهو لا يحصل
الا بالنضوض وههنا كل واحد منهما [illegible] الاصل الربح بيعه فلا يحتاج الى البيع قال
وان مات احدهما او جن انفسخت الشركة لانها عقد جائز فبطلت بالموت والجنون كالوكالة
والقراض وهذا الحكم مما يوطأ على الشريكين احد بسبب السفه ولو اغمي على احدهما نظر ان كان يسيرا
لا يسقط معه فرض عبادة لم يضر وان كان مخشيا يسقط فرض صلاة واحدة بطلت وفيه
انفسخت الشركة [illegible] الوارث في مسألة الموت مخير ان شاء فسخ الشركة او
ابقاه على الشركة بان يجدد لها [illegible] التصرف ولا فرق بين ان يكون المال عرضا او نقدا هذا
اذا لم يكن على الميت دين فان كان لم يجز للوارث الاذن لا بعد وفاء الدين وان امتنع وفاء دين من
الشركة لانه محجور عليه فيها كالمرهون قال ابو اسحاق والاولى للوارث ان لا ياذن في التصرف
الا بعد معرفة ما له حيث انه ان يظهر على الميت دين وقد ظهر ربح في المال فلا يدري ما يخصه منه
ولو ترك [illegible] او الموصى له اذا كان معينا وقبل حكمه حكم الوارث وان كان غير معين كالفقراء
وجب افراز نصيبهم من المال ويقع الاذن في التصرف الى اجازة الوارث بعد ذلك فيما يخصه
وفي مسألة الجنون وطريان الحجر بسبب السفه واذا كان وارثا احدهما ولي عليه فينظر

ان كان الحظ للمولى عليه في ترك الشركة والاذن في التصرف فعله الولي والا فلا **فرع** لو جمع الماء
اذا نوى احد الشركاء حين الشراء للشركة فللبايع اخذه كل الثمن فان اداه من خالص ماله وكان بمال الشركة
لم يصر منه شي رجع على شركه بحصته وان فعل ذلك مع تعويض مال الشركة لم يسر فيه شي ورجعه
على شركائهم وجهان في الحاوي ان كان لواحد بغله ولاخر راويه واشتركا مع ثالث ليسقي الماء ويحصل
الحاصل بينهم فهو فاسد لان منافع ابدان متميزه فلو استقى الثالث فلمن يكون الماء وثمنه نقل
صاحب التلخيص واخرون اختلاف قول فيه ولم يجعل المعظم ذلك وانما ارسلوا تفصيلا ذكره
ابن سريج وهو ان الماء ان كان مملوكا للمستقي او مباحا ولم يقصد نفسه غيره فكان له فهو له
وعليه لكل من صاحبيه اجرة المثل وان قصد الشركة فهو على الخلاف في جواز التوكيل في
المباحات وسنذكره فان لم نجوز فالحكم كما لو قصد نفسه وان جوزناه وهو الاصح فالماء
بينهم وفي قسمته وجهان احدهما انه يقسم بينهم على نسبة اجور امثال البغل والراويه
والاستقاء لانه حصل بذلك وهذا ما اورده الشيخ ابو حامد وحكى عن نصه في البويطي وعلى
هذا لا يرجع احد منهم على الاخرين واصحهما عند الشيخ ابي علي ولم يورد القفال غيره انه
يقسم بينهم بالسويه فعلى هذا المستقي على كل من صاحبيه اجرة مثله ولذا يرجع كل من صاحب
البغله والراويه على كل واحد من الاخر والمستقي بثلث اجرة مثله وقد حكى القاضي الحسين ان
القولين في جواز التوكيل في الاحتطاب من ههنا خرجا لو اشترك اربعة لاحدهم رحا
وللاخر بيت الرحا وللاخر بغله تدير والاخر يعمل في الرحا على ان الحاصل من اجرة الطحن بينهم
فهو فاسد فلو اتفق لحمي مسمى اجرته على اجور امثال ذلك فلو كان لواحد بذر وللاخر
ارض فاشتركا مع ثالث على زراعة الارض فالزرع لصاحب البذر وعليه اجرة مثل الارض
والزراعه قال في التتمه ولو اصاب الزرع افه ولم يحصل من الغله شي فلا شي لهم لانهم لم يحصلوا
شيا والله اعلم

باب الوكاله

الوكاله بفتح الواو وكسرها التفويض يقال وكله اي فوض اليه ووكلت امري
الى فلان اي فوضت اليه واكتفيت به ومنه توكلت على الله ويقع الوكاله على الحفظ
ايضا ومنه قوله تعالى وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل اي نعم الحافظ واصل الوكيل
الحافظ لانه يحفظ مراد الموكل قال الله تعالى الا تتخذوا من دوني وكيلا اي كافيا وهي
في الشرع اقامة الموكل في العمل الماذون فيه والاصل في مشروعيتها قبل الاجماع من العمل بمقام مر

الحاب

الحاب قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر ايها ازكى طعاما اي اي الثمر وقيل
احل فلياتكم برزق منه وهذا توكيل بالشرا وقوله تعالى حكايه عن يوسف اذهبوا بقميصي
هذا وهذا استنابه على وجه التوكيل وقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وكان ذلك في الجعاله
من جهة يوسف ومن السنه ما روى ابو داود عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال له حين اراد الخروج الى خيبر اذا اتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك ايه
فضع يدك على ترقوته وقد روي انه صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن امية الضمري في قبول نكاح
ميمونة بنت الحرث ووكل ابن الجعد البارقي في شرا شاة ووكل حكيم بن حزام في شرا شاة ومن
جهة المعنى ان بالناس حاجة اليها لان كل احد لا يتمكن من التصرف في جميع ماله سيما اذا
كثر فجوزت للحاجة كما جوز القراض والمساقاة ونحوهما وقد قال القاضي الحسين انها مندوب
اليها لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ومن البر والتقوى ان يتوكل عن الغير بالقيام
بما شغاله قال من جاز تصرفه اي بنفسه فيما يوكل فيه بمعنى انه ممن يقبل النيابه كما
سنذكره وصح به عنه جاز توكيله اي لغيره وجاز توكله اي عن غيره فيه لما ذكرناه من
الادله فيصح توكيل المطلق التصرف في ماله والسفيه والعبد في الخلع والطلاق وكل ما يملك
الشخص مباشرة التصرف فيه والمفلس في الطلاق والخلع والبيع والشرا في ذمته على الاصح والمكاتب
في جميع ذلك لما ذكرناه وقد استثنى مما ذكره الشيخ مسايل منها الفاسق فانه يقبل
النكاح لنفسه ولا يقبله لمستنكحيه وادعى الجيلي والشيخ في اللباب فيه الخلاف والرويانى
في البحر عند الكلام في العزل انه ظاهر المذهب وحكى القاضي ابو الطيب فيه وجهان ومنها
العبد يقبل النكاح لنفسه باذن سيده ولا يقبله لغيره باذن سيده كما قد صوره على
احد الوجهين ومنها العبد يملك الطلاق بغير اذن سيده ويجوز ان يوكل فيه من يطلق
والمجوز انه يوكل فيه بغير اذن سيده كما حكاه في البحر وجزم في التهذيب بهما ومنها
العبد الماذون يجوز له التصرف فيما في يده وهل يجوز ان يوكل فيه خلاف ومنها لا يجوز للوكيل
والوكيل التوكيل فيما يجوز ان يتولياه بانفسهما مع قدرتهما على التصرف ومنها العبد
والسفيه اذا اذن لهما في النكاح فهل يجوز ان يوكلا فيه وجهان في تعليق القاضي حسين
والمدنويهما في الحاوي في العبد الجواز ومنها الولي في النكاح الذي لا يجبر اذا اذن له
في النكاح جاز توكيله وهل يجوز ان يوكل فيه من غير اذن فيه وجهان وطريق الجواب

عن ذلك ان يقال ان الشيخ اختار في توكيل الفاسق المشهور وهو انه يصح توكيله في القبول كما
حكاه في المهذب والماوردي وابن الصباغ عند الكلام في توكيل الكافر في شراء العبد المسلم
وادعى الغزالي القطع به وما عداه ممنوع مع ما ذكرنا ان المراد من جاز تصرفه بنفسه من غير افتقار
الى الاذن لانه المتبادر الى الفهم فان قيل مقتضى كلام الشيخ مع ما فسرتموه به ان الوصي
يجوز له التوكيل فيما يقدر على التصرف فيه فانه لا يفتقر في تصرفه على اذن وهذا ما رجح في باب
الوصية انه لا يجوز قلت [redacted] لي منع ذلك لان تصرفات الوصي كلها بالاذن وان سلمت ما قلتموه
فهو لما احتج به فان الشيخ لما تم ان كلامه يقتضي جواز توكيل الوصي في كل ما يتصرف فيه
احتاج الى المنع على انه مستثنى من القاعدة عند الحاجة الدالة على ان الشيخ انما جاء ومن تابعه
وكذلك ابن الصباغ من جواز توكيله في كل ما يتصرف فيه من غير عجز عنه وكذا الامام في باب
الوصية وقد استثنى الحلي الاقرار والرجعة على وجه وكذا الايلاء وتعليق الظهار والعتاق وما
ذكره خارج من كلام الشيخ على عكس ما استثناه من جاز تصرفه فيما يوكل فيه لان من هنا كله
موصوفه والخلاف في توكيل فيقتضى عند الكلام من صح تصرفه في شيء بقبل النيابة وما
استثناه الحلي يشير الى انه لا يجوز التوكيل فيها والله اعلم قال [redacted] ومن لا يجوز تصرفه لا
يجوز توكيله لانه اذا لم يملك التصرف بنفسه فاولى ان لا يملكه عن غيره من جهته قال [redacted] ولا وكالته
لان التصرف الخاص بالانسان اقوى من التصرف في حق الغير فاذا لم يقدر على الاقوى فعلى الاضعف
من طريق الاولى قال [redacted] الا الصبي المميز فانه يصح وكالته في الاذن في دخول الدار اي مثل ان
يصح الباب ويأذن للخارج في الدخول اليها قال [redacted] وحمل الهدية مثل ان يعطي هدية يحملها
الى بعض الاخوان فيجوز لكل دون له ان يدخل وللمهدى اليه ان يتصرف في الهدية اعتمادا على
قوله لاطراد العرف به من غير انكار وحكى الامام في ذلك تفصيلا فقال ان لم يوجد مع ذلك
قرينة ففي الاعتماد على قول الصبي فيها خلاف مبني على الخلاف في روايته اذا لم يبلغ وان وجد
مع ذلك قرينة نظر فان ابيح ذلك العلم سقط اثر قوله وان لم تبلغ القرينة الى العلم فلاصحابنا
طريقان منهم من خرجه على الخلاف ومنهم من قطع بالاعتماد قال الرافعي اذا جاز ذلك وكان
مشتملا على تسليط الوكيل ولو انه وكل غيره فيه فالقياس تخريجه على الخلاف في ان الوكيل هل يوكل
فان جاز لزم ان يكون الصبي اهلا للتوكيل ايضا وهذا ما حكاه الفقهاء والذي حكاه الاصوليون
منع قبول روايته وقال الفوراني في الابانة في اول كتاب الصيام ان الصحيح من المذهب قبوله

وهو

وهو مذهب ابي حنيفة واعلم انه قد استثنى مع ما ذكره الشيخ صور منها الاعمى لا يصح
بيعه ولا شراؤه ولا اجارته على الاصح ويصح منه التوكيل في ذلك ونحوه ومنها اذا قال
لزوجته اذا طلقتك فانت طالق ثم وكل ما يلقاها فانه يقع عليه ايقاع الطلاق على راي ولو وكل الموكل
في الطلاق واذا طلق الوكيل وقع على الاصح كما حكاه الحلي ومنها العبد لا يصح قبوله النكاح
لنفسه بغير اذن سيده ويصح منه ان يتوكل فيه لغيره على الاصح في النهاية وتعليق القاضي حسين
وبه جزم المتولي ومنها السفيه لا يصح قبوله النكاح بغير اذن وليه ويجوز ان يقبله
لغيره بغير اذن وليه على الاصح وبه جزم القاضي حسين والمتولي ومنها الكافر لا يجوز ان يكون
وليا في تزويج مسلمة ولا ان يتزوجها ويجوز ان يتوكل في طلاقها ويجوز ان يكون وكيلا عن مسلم على ظاهر المذهب
كما حكاه الامام في كتاب الخلع وكذا يجوز ان يتوكل في قبول نكاح مسلمة على راي كما حكاه
القاضي حسين في هذا الباب ومنها الكافر لا يصح شراؤه العبد المسلم على الاصح وكذا
المصحف ويجوز ان يتوكل في شرائه لمسلم والعبد المسلم اذا صرح بالسفارة في على
قول وان لم يصرح ومنها الكافر لا يقدر على طلاق مسلمة ويجوز ان يوكل في طلاقها
على احد الوجهين في الحاوي وبه جزم الامام في كتاب الخلع ومنها المرتد لا يصح تصرفه في
ماله على راي ويصح ان يوكل فيه كما حكاه ابن الصباغ وغيره وفي التتمة انا اذا قلنا انه يصير
محجورا عليه لا يصح ومنها المراة لا يصح منها الايجاب ويصح ان يتوكل من يريد حلا لها الا في
كما حكاه المتولي في كتاب النكاح وحكى القاضي الحسين جواز ذلك وحكى عن الامام ذلك في باب
ما على الاول تفصيلا فقال ان وكلها وكيلها عن نفسه لم يصح وان كان وكلها عن غيره فوجهان بناء
على ان الوكيل هل له ان يوكل الموكل فان قلنا وجهان وما قاله فيه نظر لانه اذا قال
وكلتك عن الوكيل وكلا عنه بلا خلاف كما تعرفه من بعد فلا يحسن اجراء الخلاف ومنها
لو وكل حلال محرما في ان يوكل حلالا بالتزويج صح ذلك التوكيل وحكاه في الرافعي عند الكلام في
احرام الولي واصحهما الصحة ومنها المراة لا تقدر على الطلاق عن نفسها ويصح توكيلها فيه على اصح
الوجهين في المهذب وغيره وطريق الجواب عن ذلك اما في الاولى فلا يصح منه البيع والشراء
الكلي وصورته ان يبيع شيئا في ذمته سلما في ذمة المشتري ويشتري شيئا في ذمة غيره بثمن
في ذمته سلما ويشتري بنفسه وتجارة واحدا ومثل ذلك يصح في الاجارة ونحوها واذا صح منه
ذلك لم يخرج مما ذكرناه واما في الثانية فيجوز ان يقول الشيخ اجاز فيها وقوع الطلاق

كما هو المختار عند ابن الصباغ وعن كما ستعرفه في موضعه واما في الثالثة فمذهب العراقيين كما حكاه
ابن الصباغ وغيره هنا انه لا يجوز وجها واحدا فلم يخرج مما ذكره واما في الرابعة فلان الذي جوز
للعبد ذلك هو الذي جوزه للسفيه لجامع صحة عبارتهما وعدم مناقضته ما وقع الحجر عليهما لاجله
وقد حكينا عن العراقيين المنع في مسئلة العبد مع وجود ما ذكرناه وهو في السفيه اولى لان
الحجر عليه لحق نفسه واما في الخامسة فمذهب العراقيين كما دل عليه كلام الشيخ في باب
النكاح وصرح به صاحب البحر هنا وادعى نفي الخلاف فيه عدم الصحة فلا يخرج مما ذكرناه
ايضا واما في السادسة فمذهب العراقيين كما حكاه عن القاضي ابي الطيب في باب ما
يجوز بيعه عدم الجواز وكذلك جزم به المتولي فلا يخرج مما ذكرناه واما في السابعة فلان
كان اعتقاد الشيخ فيه الصحة فمقول طلاق الكافر يصح وقوعه على مسلمة بان يسلم اولا
ويتخلف هو ثم يطلقها في العدة ثم يسلم قبل انقضائها فانا نتبين وقوع عليها واشار الى هذا
التوجيه الامام في فصل التوكيل من باب الخلع فلا يخرج مما ذكرناه واما في الثانية فقد
حكيت في ذلك وجها منه خلافا ولعل الشيخ رأى عدم الصحة فيها اوجه فرع المكاتب
هل يجوز ان يوكل عن غيره نظر فيه ان كان بجعل فنعم وان كان بدونه فلا ومع اذن
السيد قولان كما في تبرعاته فرع يجوز للمراة ان توكل عن زوجها ولا يجوز ان توكل
عن غيره اذا كانت مزوجة الا باذنه قاله الماوردي قال ويجوز التوكيل في حقوق
الادميين من العقود اي عقود المعاوضات كالبيع والصلح والهبة ونحوها ووجه في
بعضها ما ذكرناه من الكتاب والسنة وفي الثاني القياس على المنصوص عليه لجامع اشتراكها
في العلة المشار اليها وورد ذلك امور اخر تفرد بها القاضي الحسين فعلمه منها ان الوكيل
بالحوالة مثل ان يقول وكلتك لتحيل صاحب الدين على فلان بهذا لا يصح وهل يصير محيلا بذلك
فيه وجهان وعن هذا احترز صاحب المهذب بقوله يجوز التوكيل في الحوالة من الجانبين ومنها
ان الوكيل بعقد الوصية لا يجوز وهل يصير بالوكالة موصيا ام لا يحتمل وجهين وربما اشار
الى ما ذكرناه في عقد الضمان ايضا وقال الامام مشيرا الى ذلك الوجه القاطع بتصحيح
التوكيل في عقد الضمان ايضا قال والفسخ لانه اذا جاز في العقود ففي حلها
اولى كذا قال في المهذب وقد يستثنى من ذلك التوكيل في فسخ نكاح الزائد على العدد
المشرع عند اسلامهم فانه غير جائز لتوقفه على شهوة النفس اذا قلنا ان الفرقة تحصل

بالاحتياط

بالاحتياط لاسيس الاسلام كما ستعرفه في موضعه وهو الذي يقتضيه ايراد البغوي
وابن الصباغ حيث قالا ان العقد لا يكون من حين الاختيار والاختيار انما دل على ان
الفرقة تحصل من حين الاسلام وهو مقتضى كلام الاكثر من حيث اعتبروا ابتداء العدة
من التوكيل في المفسوخ مصور بما اذا لم يكن حق الفسخ على الفور اما اذا كان على
الفور قال الرافعي فالتاخير بالتوكيل قد يكون تقصيرا وهذا الذي ذكره المتولي قال
والطلاق والعتاق اي تنجيزا لانه اذا جاز التوكيل في العقد ففي قطعه اولى اما اذا وكله
في تعليقهما فالذي جزم به الجمهور هنا ومنهم المتولي عدم الصحة وحكى في كتاب الطلاق في جواز التوكيل
في تعليقه ثلاثة اوجه احدها هذا والثاني الجواز والثالث انه ينظر في الصفة التي امر التعليق بها
فان كانت توجد لا محالة كطلوع الشمس فيجوز لان مثل هذا التعليق ليس بيمين وان كانت قد
توجد وقد لا توجد كدخول الدار فهو يمين فلا يجوز وهي تجري في تعليق العتق ايضا اذ
لا فرق بينهما والحق القاضي الحسين هنا منع التوكيل في تعليق الطلاق والعتق منع التوكيل
بعقد التدبير وقال انه هل يصير بالتوكيل معلقا للطلاق والعتق ومدبرا فيه وجهان وبنى
المتولي التدبير على انه وصية او عتق بصفة فعلى الاول يصح التوكيل فيه وعلى الثاني لا
قال واثبات الحقوق اي سواء حضر الموكل ذلك او لم يحضر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
سمع دعوى حويصة ومحيصة على يهود خيبر انهم قتلوا عبد الله بن سهل نيابة عن عبد الرحمن
بن سهل اخي المقتول وهو له وكان حاضرا ولم ينكر عليهما ولو كان غير جائز لانكره حتى يبتدي
الولي بها الا تراه انكر على محيصة حيث ابتدا بالكلام وقال كبر كبر وليس بهدم الا لكبر
بواجب وروي ان عليا كرم الله وجهه وكل اخاه عقيلا في مجلس ابي بكر او عمر الشك من
الشافعي وقال هذا عقيل فما قضي عليه فعلي وما قضي له فلي وروي انه قال ان للخصومات
قحما وانها لمهلكة وان الشيطان ليحضرها واني ان حضرت خفت ان اغضب وان غضبت
خفت ان لا اقول حقا فلما ضعف عقيل وكل عبد الله بن جعفر في مجلس عثمان ولم ينكر
احد من الصحابة ذلك فكان اجماعا قال واستيفائها لانه صلى الله عليه وسلم
بعث العمال لقبض الصدقات والجزية ويدخل في هذا استيفاء الشفعة ويستثنى منه
حق القسم كما صرح به صاحب البحر والابراء لانه اذا جاز التوكيل في الاستيفاء ففي الابراء
مع انه اسقاط اولى ويشترط ان يكون ما يبرى منه معلوما كما حكاه الماوردي والسنجي

والشيخ في المهذب وغيرهم وحكى عن القاضي حسين انه قال اذا عرف الموكل قدر الدين
فقد لم يجب اعلام الوكيل به وهذا الذي اورده في الوجيز وفي البحر حكاية وجه انه يجوز
مطلقا وان لم يذكر القدر وصورة ذلك ان يقول ابرئ من ديني وما ذكره الجمهور والقاضي
بنا على الصحيح في ان الابرا من المجهول لا يصح اما اذا قلنا انه يصح فيحسن ان يجزم بالصحة
وعليه يتفرع ما اذا قال ابرئ فلانا عن شي من ديني او عن ما ثبت منه ويصح ابراوه
ويشترط ان يبقى منه شي قال وفي الاقرار وجهان وجه الجواز انه قول يلزم به
الحق فجاز التوكيل فيه كالشرا وهذا ظاهر المذهب في تعليق البندنيجي والمهذب والاصح في البسيط
ووجه المنع انه توكيل في اخبار عن حق فلم يصح كالتوكيل في الشهادة به وهذا قول ابن سريج
ويحكى عن الاكثرين واختاره القفال والامام وقال القاضي الحسين لا خلاف فيه على
مذهبنا فرع ان قلنا بالاول فلا يجعل الموكل مقرا ما لم يقر الوكيل ولا
يشترط ان يثبت ما وكل بان يقر به معلوما بل يجوز ان يقول وكلتك لتقر عني بالف
مثلا او بمال وحكى صاحب العدة عن رواية البحر اي على انه يشترط ان يكون معلوما وهو
ما حكاه الماوردي والغزالي فاذا لم يذكر القدر والصفة لم يصح فان قلنا لا يشترط فلو قال
اقر عني كان كالوقال اقر عني بشي في وجه حكاه الرافعي عن الشيخ ابي حامد والامام
والطبري في العدة عن حكاية الشيخ ابي علي والمذهب وهو الذي جزم به البندنيجي ان الوكيل
اذا قال اقررت عنه لم يكن اقرارا ليس لقول الموكل اقررت بكذا وهذا المتصور
من البندنيجي يقتضي ان صيغة الاقرار اذا عين له شي ان يقول اقررت عنه بكذا
وقد صور بعضهم اقرار الوكيل عن موكله بان يقول جعلت موكلي مقرا بكذا وعلى الثاني وهو ان
التوكيل في الاقرار لا يصح فهل يجعل الموكل مقرا فيه وجهان احدهما وبه قال ابن سريج
ما الاصح وهو الاصح في المهذب لا لانه لا يتوكل الا عن امر او اقراره نعم وقد نسبه المتولي الى رواية
ابن سريج ايضا وصاحب المهذب قال انه من تخريج ابن القاص لان توكيله دليل على
ثبوت الحق عليه واختار الامام طريقة الجمهور وفي الحاوي وحلية الشاشي انا اذا صححنا
فهل يجعل مقرا به ام لا بد من اقرار الوكيل فيه وجهان قال
وبملك المباحات كالصيد والحشيش والما قولان وجه المنع وهو الاصح في الحاوي ان سبب
الملك وجد منه وهو وضع اليد فلا يصل عنه بالنية كالغنيمة ووجه
الجواز

الجواز وهو الاصح عند الجمهور والمختار في المرشد انه تمليك مال بسبب لا يتعين
عليه فجاز ان يوكل فيه كالابتياع والاتهاب واحترزنا بقولنا سبب لا يتعين عليه
عن الظهار واللعان المذكورين وجرى في التوكيل في احيا الموات كما صرح به في المهذب
وقد حكيا عن القاضي الحسين في باب الشركة انه مخرج من القولين في مسالة
الاستيلاء في الغنيمة والزاوية والاستقاء ولذلك قال القاضي ابو الطيب فرع
لو استاجر شخصا ليحتطب له او ليحتش من معلومه او يحيي له ارضا فالاجارة
صحيحة كما صرح به القاضي الحسين في اواخر الشركة وادعى الامام الجزم بذلك واجاب
العبوكم القاضي ابن كج بمنع الصحة وحكى المتولي في باب الاجارة في صحة ذلك وجهين وعلى الاول
لو كانت الاجارة على استقاء الما وسكت للجمع بينها وبين غيرها من العقود على عوض
واحد فالما للمستاجر لان منافعه مضمونة عليه باجرة المثل وهذا اذا لم يقصد
المستقي نفسه اما اذا قصد نفسه في هذه الحالة فعن الشيخ ابي علي انه يكون للمستاجر
ايضا وتوقف الامام فيه لان منافعه غير مستحقة للمستاجر وقد قصد نفسه فليكن
الحاصل له فرع لو امره بالتقاط فالتقط فان الملتقط احق به قاله في البحر
ولم يحك فيه الخلاف المذكور في التوكيل في الاحتطاب وهذا يظهر اذا اعطينا اللقطة
مشابهة الاكتساب قال ولا يجوز التوكيل في الظهار والايمان والايلا
امة اما في الايمان فلان التوكيل لا يحصل مقصودها وهو تعظيم الرب فاشبه العبادات
والشهادات واما في الظهار فانه منكر من القول وزور وفي ذلك اعانة عليه مع
ان فيه معنى اليمين لانه قد يقتضي وجوب الكفارة والايلا واللعان والقسامة
من جملة الايمان فلا يجوز التوكيل فيها وقد الحق بها النذور وحكى القاضي حسين
في جواز التوكيل في الظهار خلافا مبنيا على ان المغلب فيه شائبة الطلاق او اليمين
فان غلبنا الاول جاز وهو ما قال في التتمة انه المذهب وان غلبنا الثاني فلا كما
هو الظاهر عند المعظم ونسبه المتولي للمزني قال وفي الرجعة
وجهان وجه الجواز وهو الاصح ويترجم الماوردي والامام هنا القياس على
النكاح فان كلا واحد منهما يقصد به اباحة المحرم ووجه المنع القياس على التوكيل
في اختيار العدد الذي حرم بالشرع عند اسلام الزوج على اكثر منه وعلى

التوكيل في احضارها المطلقة من الزوجين طالما فيها والمعتبر الزوجين لذلك
لو توقف ذلك على سهوات النفس وفي بحر المذهب حكايه قول في جواز التوكيل في احضار
الزوجات عند الاسلام الحاقا له بالرجعه وجزم المتولي بعدم الالحاق عند الطلاق التوكيل
وما الالحاق اي الاسناد الى ان يعرفهن وقال وكذلك في احضاره ولا النكاح ولا قال لهما
اذا طلق احدى المرأتين لا بعينها ثم اشار الى واحده وقال ونكتك في احضارها للنكاح او
الطلاق قال واما حقوق الله تعالى فما كان منها لا يجوز التوكيل فيها لان المقصود
منها ابتلا الشخص وامتحانه بايقاعه بنفسه وذلك لا يحصل بالتوكيل قال
الا في الزكاة اي في تفرقتها والحج اي عند العجز لما ذكر في موضعه ويندرج في الحج ركعتا الطواف
وفي الكفارة حكايه وجه انه لا يجوز التوكيل فيها لانها صلاة ومن الصلاة انه يجوز فيها ركعتي الطواف ع الرافعي
وعلى الاول هو الاصح يلحق بالزكاة الكفارات وذبح الاضاحي والهدايا وتفرقة المنذور
ويلحق الصوم على القول القديم في حق الميت والتوكيل في ازالة النجاسة جائز وعنها اعتبر
المسح بقوله عباده لانها من باب التروك ولهذا لا يشترط فيها النية وغسل الميت قال
في البحر لا يجوز التوكيل فيه لانه من فروض الكفايات قلت ويحتمل ان يجوز ما قاله
محمولا على ما اذا لم يتعين ثم من يجب عليه يخصوصه قال وما كان منها حدا اي لحد الزنا
والشرب والسرقة يجوز التوكيل في استيفائه اي في حضرة الامام وبعلمه وكذا في حضرة السيد
وعلمه لقوله صلى الله عليه وسلم واغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها قال
دون اثباتها لان مبناها على الاسقاط فالتوكيل في اثباته مناقض للمقصود فلو كان الوكاله
لو جاز في ذلك لكانت في الدعوى والدعوى غير مسموعه كما صرح به في البحر قال
وما جاز التوكيل فيه جاز مع حضور الموكل ومع غيبته اما في الاموال فلما ذكرنا من انه عليه السلام
كان يبعث العمال لقبض الصدقة والجزية وقد اتفق العلماء على ذلك واما في الثاني فلا نه حق
يجوز التوكيل فيه بحضور الموكل فجاز مع غيبته كقبض الديون قال وقيل لا يجوز
في استيفا القصاص وحد القذف مع غيبة الموكل لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود
بالشبهات وفي هذا الحد شبهة لانه لا يدري الوكيل هل عفا موكله ام لا فلم يجز استيفاؤه استيفاء
ولان الحاضر قد يرق فيعفوا والغائب بخلافه فاشترط حضوره احتياطا للدم وهذا
ما نص عليه الشافعي ها هنا لانه قال لم اجد ذلك لم اقبض حتى يحضر المحدود له والمقتص

له ولاجل ذلك قال الطبري في المنهاج فاحكاه في البحر عنه انه المذهب الصحيح وحكى
الرافعي عن الروياني انه قال هذا الذي يفتى به قال وقيل يجوز اي قولا واحدا
لما ذكرناه اولا وهذا قول ابي اسحاق وغيره من اصحابنا وتمسكوا فيه بظاهر قول الشافعي
في باب الجنايات على الجماعه وبقوله في اخر الديات اذا وكله ثم تنحى لم يكن له ان يقتص حتى يحضر
المقتص له او وكيله وحملوا ما روي عنه على الاحتياط وقد اختار هذه الطريقة على ما حكاه
في البحر القاضي ابو حامد والقاضي ابو الطيب واضاف ابن الصباغ الى الطبري ابا حامد
وقد اعترض النواوي على التنبيه في اعادة هذا القول لانه داخل فيما ذكره اولا وقد يجاب
بان المراد منه بيان ان الاصحاب نصوا على جوازه لانه مما هو داخل في عموم ما علله قبلها قال
وقيل فيه قولان ووجههما ما ذكرناه واصحهما عند الماوردي والبغوي الجواز وقد اختار
هذه الطريقة صاحب الافصاح وادعى الرافعي انها المشهور والماوردي انها الذي
صار اليها الاكثرون ونسب القاضي الحسين القولين من الوكيل بجواز استيفائه على الغائب
فيها وكذلك في كتاب القاضي الى القاضي ومحل الاتفاق على صحة التوكيل على هذه الطريقة
اذا صار بعد ثبوت القصاص ولو صدر قبل ثبوته ففي صحته وجهان احدهما وهو قول ابي
اسحق لا يصح كذا قاله الماوردي في كتاب القسامة التفريع ان قلنا بعدم الجواز فوكل
ثم وا استوفاه الوكيل وقع الموقع لكنه لم يستوف بوكالة صحيحة وان قلنا بالجواز
فعلم بعد العفو وقبل العلم فيه قال الماوردي في كتاب الجنايات اذا قلنا باستيفاء الوكيل العمد من
العفو مثل ان يبعث الوكيل على مسافة عشرة ايام ويعفوا الموكل قبل القصاص بخمسة ايام فعفوه
باطل كالوصي بسلاحه على المقتص منه ثم عفى عنه قبل وصول السلاح اليه ولا يجب على الوكيل
شي ان كانت مسافة الوكيل اقصر من زمان العفو مثل ان يبعث الوكيل على مسافة خمسة ايام
وعفى الموكل قبل القصاص بخمسة ففي وجوب الدية على الوكيل هو لان في نفس سايها السدي حكي
ابن الصباغ على انعزال الوكيل قبل العلم قلت في السابق مرجحا ان الوكيل يعزل
فيها بالعفو على الحق وقد يجاب عن ذلك بان الخلاف المذكور راجع الى صحة العفو وعدم
صحته قبل العلم كما صرح به المحاملي في المجموع ثم ان لم يصح العفو قبل العلم لم يجب الدية
وان صححه اوجبها والله اعلم اذا لم تجب الدية فهل يجب الكفارة فيه وجهان فان
اوجبنا الدية وجبت الكفارة لكن الدية هل تجب في ماله لانه عمد او تجب على عاقلته

دية عمد الخطا فيه وجهان اولهما اختيار ابي اسحاق والثاني اختيار ابي الطيب فان
اوجبناها عليه فهل يرجع بها على الموكل حكى الجيلي عن ابن الصباغ فيه وجهين وعن البغوي
القطع بعدم الرجوع وان اوجبناها على العاقلة فلا رجوع لهم على الموكل عند ابن الصباغ
والبغوي وفيه وجه حكاه الجيلي ايضا ولا نزاع في انه لا يجب عليه القصاص وفي الجيلي حكاية
وجه فيه اعلم ان من المستثنيات ايضا توكيل المرتهن في بيع الرهن فانه لا يصح
البيع منه في غيبة الموكل ويصح مع حضوره على الاصح عند العراقيين كما ذكرناه في باب
الرهن ولم يستثنه الشيخ قال ولا يصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانها اثبات
حق السلطنة والتصرف للوكيل فافتقرت الى ذلك كساير التمليكات وصيغة الايجاب ان يقول
وكلتك او انت وكيلي او فوضت اليك او انبتك في كذا او تقوم مقامي في ذلك فقوله فوضت اليك وانبتك
فيه والممثل مقامي فيه ولو قال بعه او هبه او اعتقه وما اشبه ذلك الدال على المقصود قال
ويجوز القبول فيه بالقول والفعل كما في ساير العقود وصيغته ان يقول قبلت الوكالة او يقوم
مقامه كقوله توكلت قال والفعل اي الموكل فيه لان الوكالة امر للوكيل وقبول
الامر امتثاله وذلك يحصل بالتصرف كالقبول في الوديعة والعارية ويخالف هذا ساير العقود كالهبة
الهبة والوصية ونحوها لانها تمليك للملك فافتقرت الى القول بالقبول كالبيع وقد صار الى
هذا ايضا صاحب المهذب وغيره وحكي ايضا عن القفال لكنه عبر عنه باسم الاحتياج الى
القبول لان الاشتغال بالتصرف قبول منه له قال الروياني والاولى العبارة الاولى
وحكى الامام وجماعة ما حكي عن القفال انه لا بد من القبول باللفظ والذي حكاه القاضي
الحسين انه لا يشترط القبول باللفظ اذا كان صيغة امر كقوله بع ونحوه واجرى الخلاف
فيما اذا كان على صيغة العقود كقوله وكلتك وفوضت اليك وغالى المتولي القول لانه
جعل المذهب المشهور حيث اجرى الخلاف انه لا يشترط القبول يعني باللفظ كما هو عند غير
وان من صار الى اشتراطه وهو الذي ... في العقود الخاطبها لا معانيها والذي ذكر
القاضي ان اشتراط القبول هو الذي يدل عليه ظاهر النص وقد استحسن الامام هذه
الطريقة ههنا وقال في اول كتاب الوديعة الاصح انه لا يشترط القبول في الوكالة
على اي حال فرض والمتولي يقول قوله اذنت لك في كذا قال
ويجوز على الفور كساير العقود وعلى التراخي لان الوكالة تصح بالمعلوم والمجهول
والمخصوصات

المخصوصات والموجود والمعدوم فلما سومح فيما وجب له وما يستحب يجاز تراخي القبول
فيها كالوصية وهذا عليه الشيخ ابو حامد وقد منع جواز التوكيل فيها بالمجهول كما صرح
بالمخاصمة فان لاصحابنا وجهين في عدم صحة التوكيل فيها اذا والذي وجهه به القاضي ابو الطيب
ان الوكالة اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع الاذن واذا كان الاذن باقيا لم يكن فرق
بين ان يقبل في الحال او يوخر القبول الى وقت اخر وحكى القاضي الحسين وجها فيها
اذا اشترطنا القبول بالنطق انه هل يجب فيه في عين ذلك المجلس وقال الاصح عندي
انه يختص بذلك المجلس وقال في التتمة انه لا خلاف انه لا يجب القبول كساير العقود
والامر فيه موسع وحكى الشيخ الماوردي عن القاضي ابي حامد انه اعتبر وقوع القبول على الفور
كما في البيع وحكاه الماوردي قال الرافعي وهذا اذا اشترطنا النطق اما اذا لم نشترط
فلا يشترط الفعل بحال ولعلهم خرج على ان الامر هل يقتضي الفور لما بعد وقد حكى
الغزالي ما ذكره الشيخ عن العراقيين وقال انه عبر باسقاط القبول وفي كلامه نظر من
حيث ان القبول يطلق بمعنيين احدهما اللفظ الدال على الرضى على النحو المعتبر في المعاملات
والثاني الرضى والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد فان اراد المعنى الاول صحح لكن
المعتبر عند العراقيين في الوكالات القبول بالمعنى الثاني حتى لو رد وقال لا اقبل
بطلت ولو ندم واراد ان يفعل احتاج الى تجديد الاذن كما ذكرناه من عدم اشتراط
الفور مفروض فيما اذا لم يعين زمان العمل الذي وكله فان تعين وخيف فواته كان القبول
فيها على الفور ولذلك لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده كان قبولها على الفور صرح
به الماوردي وتبعه الروياني فرعان هل القبول بناء لا نشترط القبول كما حكاه
الامام احدهما لو وكله والوكيل لا يشعر به هل يصح وبالعكس قال في النهاية فيه وجهان
يقربان من القولين في ان العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر اليه لا فيه وجهان عن رواية الشيخ
ابي محمد فان لم نحكم به فقد اشترطنا اعلام الوكيل بالوكالة والاظهر ثبوت الوكالة
وان لم يعلم وعلى هذا لو تصرف الوكيل وهو غير عالم ثم تبين الحال خرج على الخلاف
فيما اذا باع مال ابيه على ظن انه حي واذا صححنا الثاني لو ثبتت الوكالة
او وصل اليه الخبر وعلى القول باشتراط النطق فالحكم كالوكيل بالبيع والذي
اجاب به الماوردي والبندنيجي الجواز وادعى القاضي ابو الطيب في مسئلة بلوغ

لحمر اجماع المسلمين على الصحة فرع بعض الوكيل شرط في الوكالة حتى لو قال ان شئت لم
من اراد بيع عبدي هذا فليبعه صرح به الامام في الحوالة ونسبه الغزالي في باب الحج الى العبادي
قال ولا يجوز عقد الوكالة على شرط مستقبل اي مثل ان قال اذا جاء راس الشهر فقد
وكلتك في بيع عبدي كما صرح في المهذب واذا قدمت فلانة فقد وكلتك في طلاقها واذا اشتهر
عندك هذا وكلتك في بيعه كما صرح به ابن ابي الدم ووجهه انه عقد يملك به التصرف في حال
الحياة لم يبن على التغليب والسراية ويرد الحوالة فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع والاجارة والقراض
وحكى في البحر في المهذب وجها انه يجوز كما في الوصية وقد حكاه ابن ابي الدم في الصورة التي
ذكرناها وقال الامام في احرمه الطلاق قبل النكاح فيما اذا قال لانسان ان تزوجت فلانة
فقد وكلتك بطلاقها ان الوجه القطع ببطلان الوكالة فانه تصرف في الطلاق قبل الملك
وايضا فانا اذا لم نجوز تعليق الطلاق قبل النكاح مع انه يقبل التعليق فلئن لا يصح الوكالة
مع الاختلاف في قبولها التعليق وقال هو ما احسن الفرع عندي يخرج ذلك على الخلاف
في ان القبول هل يشترط فان قلنا بعدم اشتراطه لم يمتنع التعليق في الوكالة وان اشترطنا
فيتعذر التعليق في الوكالة وحكى عن بعضهم انا اذا لم نشترط القبول جاز التعليق
وان اشترطناه ففي جواز التعليق وجهان وان هذا العقد ليس الا اذنا ومعنى ما
قاله هو وجه ان الصحيح صحة التعليق وان الصحيح عدم اشتراط القبول والصحيح
عند العراقيين ما ذكره الشيخ واحتجوا على الوصية فانها تجوز بالمجهول وما جاز بالمجهول
جاز تعليقه لانهما متقاربان وعن الامام انها تجوز مع الجهالة انها كان عمر جعلها شورى
ويحصل من مجموع ذلك في تعليقها الخلاف لمطلق واخرها وهي طريقة العراق لان القول
بالقول لا يشترط وفي جواز التعليق وجهان وفي الثانية والثالثة طريقة الامام [illegible]
فرع قال في البحر في باب القراض اذا قال وكلتك في بيع سلعة فاذا بعتها في
سلعة اخرى صح التوكيل في البيع وفي التوكيل في الشراء قولان قال
وان عقد على شرط فوجد الشرط وتصرف الوكيل نفذ تصرفه اي وان فرعنا على المذهب
لوجود الاذن الخالي عن المفسدة كالوكالة في البيع وجعل له جعلا فاسدا فان الوكالة
فاسدة والبيع صحيح لاجل التصرف وانه صح لا مسوغ للوكيل الاقدام عليه لفساد
الوكالة ويسقط اجرة المثل اذا تصرف وقد جعل له جعلا واستبعد ابن الصباغ
عدم

عدم جواز التصرف مع الفساد لصحته وقال لو لم يستبح التصرف لم يصح ما صح منه مع انه
يستحله بالاذن وان فائدة الفساد ان المسمى لا يثبت ويجب اجرة المثل وعكس الشيخ
ابو محمد ذلك وقال لا يستبيح التصرف ولا ينفذ تصرفه وانقطع به الامام وقال قال ك
وتشعب العطاء عن ذلك ان صيغة الاذن الصادر من الوكيل ان كانت امرا وجزمنا
على انه لا يقتضي القبول يجب القطع بانها تقبل التعليق وان جانب العقد وقصدنا
بانها تفتقر الى قبول فالتعليق يفسدها بخروج القبول عن الضبط فان لا قبول واذا وقع
القبول لم يستعقب الوكيل التصرف وقد حكى المتولي ما صار اليه الشيخ وجها قال
وان وكله في الحال وعلق التصرف على شرط جاز قال في المهذب لانه لم يعلق العقد على
شرط وانما علق التصرف فلم يمنع صحة العقد وصورته ان يقول وكلتك في بيع
مالي او بطلاق زوجتي بعد شهر وصور الامام ذلك بان يقول وكلتك ببيع عبدي
ولا تبعه الا بعد شهر والرافعي بان يقول وكلتك ببيع عبدي الان ولا تبعه الا
بعد شهر وادعى اتفاق الاصحاب على صحة ذلك وقال الامام في صحة التوكيل نظر فانه لا
معنى للتوكيل مع امتناع التصرف والمقصود من الالفاظ معانيها وحكى ابن كلام
العراقيين رمز الى انه لا فرق بين تعليق الوكالة وبين تعليق التصرف فالوكالة وانه حسن
وفرق الحق العدوي بما ذكرناه في الصحة فيما اذا قال وكلتك ان تطلق كل امراة اتزوجها او تعتق
كل عبد اشتريه ثم صح [illegible] والمتولي عند الكلام في اشتراط الفورية في القبول فيما اذا قال
وكلتك ببيع ما سيملكه [illegible] الوكالة في الحال وما قاله [illegible] حكاه
الامام وجها عن القاضي في احرمه باب الطلاق قبل النكاح فيما اذا قال وكلتك في بيع عبد
فلان اذا ملكته او في طلاق [illegible] اذا نكحتها ملك [illegible] وجها اخر انه لا يصح ثم
قال والوجه عندي القطع بالفساد فان الوكالة لا تصح لتعسرها والتصرف [illegible]
ولا فرق في المعنى بين هذه الصورة وبين ما اذا قال ان تزوجت فلانة فقد وكلتك في
طلاقها فرع لو اقتت الوكالة فقال وكلتك الى شهر فقد صح كما حكاه الرافعي عن
العبادي والقاضي الحسين في باب القراض تعليق العزل على شرط يجوز على الاصح في النهاية
ومنه وجه وقد اشار القاضي الحسين والامام الى ان الخلاف [illegible] على تعليق التوكيل
واولى بالجواز فان الطريقة الصحيحة تعليق الوكالة على اشتراط القبول فيها وهو
غير مشترط في العزل ان تعليق الانهاء هل [illegible] السقوط مثل ان يقول اذا جاء راس

السهو فقد احتمل لذا قبل يجوز فيه وجهان في آخر باب الوكالة من البحر فرع اذا جوزنا تعليق الوكالة فقال الموكل وكلتك في كذا وكلما عزلتك فانت وكيلي صحت الوكالة في الحال على الاصح وفي تعليق العاصي حسين وغيره حكاية وجه انها لا تصح لاشتمالها على شرط فاسد وهو الزام العقد الجائز فان قلنا بالاول او دان قوله مهما عزلتك فانت وكيلي متصلا عن الوكالة فاذا عزله وعلم الوكيل عاد وكيلا ونظير الحكم فيما اذا لم يعلم وقلنا لا يشترط بلوغ الخبر اما اذا اشترطناه فلا نقول وقد عزل ثم عاد بل هو مستمر على الوكالة وفي حكى الامام فيما اذا قلنا انه ينعزل وان لم يشعر به تردد الاصحاب ان منهم من يقول وكيلا بالموكل حيث لا يشعر الوكيل ولم يشترط القبول وقد ذكرناه ومنهم من قال ينفذ الوكيل هاهنا فان صورة المسئلة يؤمن الوكيل من اطراد العزل عليه ثم قال ولا يشك انا نضطر الى عود العزل الى وقت وان لطف ثم يعرض على الترتيب عود الوكالة فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف فهل ينفذ فيه وجهان فان لم ينفذه ووقع الاختلاف فيه فالاصل استمرار الوكالة والحكم بنفوذ التصرف قال الرافعي وهذا الفرض والتصوير انما يصح لو وقع بينهما ترتيب زماني والحق في مثل هذا لا يكون الا عقليا وطريق الموكل في عزل الوكيل ان يوكل غيره بعزله وان كان قد قال كلما عزلتك فانت وكيلي وطريقه فيه ما قال الشيخ ابو محمد كلما عدت وكيلي فانت معزول فيتقابل عود العزل وعود الوكالة والعزل عليه والى ذلك اشار الغزالي بقوله فيتقاوم العزل والوكالة والاصل منع التصرف قال وان وكله بخصومة او استيفاء حق لم يفتقر الى رضى الموكل عليه لان التوكيل في ذلك يرضى الخصم جائز اتفاقا وما جاز التوكيل فيه برضى الخصم جاز التوكيل فيه بدونه كالتوكيل في قبض الديون والحرية ولانه توكيل لا يعتبر فيه رضا الخصم مع غيبة الموكل فلم يعتبر فيه مع حضوره كتوكيل المريض والمخدرة وقد وافق الخصم وهو ابو حنيفة على جواز ذلك فرع لو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له ففي صحة هذه الوكالة وجهان احدهما وهو قول العمرين انها باطلة لما تضمنها من الجهالة بالموكل فيه وانها على غرر في الحال والثاني وهو قول البغداديين انها صحيحة لان هذا من العقود الجائزة فلا تبطل بالجهالة فعلى هذا هل يحتاج الى بيان الخصومة من عين او دين او

او ارش جناية او بدل مال فيه وجهان حكاهما العبادي في الزيادات بان من كلامهم معه قال وان وكله في حق لم يجز للوكيل ان يجعل ذلك الى غيره لانه لم ياذن له في التوكيل ولا يتضمنه اذنه عرفا فلم يجز له والاصل في التفرقة بين مال الغير الحضور ولانه انما رضي بامانته فلا يجوز ان يامر غيره كالوديعة قال الا ان ياذن له فيه لزوال المانع او يكون ذلك مما لا يتولى مثله بنفسه اي مثل ان يوكل في البيع والشراء من لا يتولى التصرف في الاسواق او من هو جاهل بما وكله فيه ووجهه ان الموكل اذا علم ان الوكيل لا يحصل المقصود بنفسه في العادة انصرف الاذن فيه الى ما جرت به العادة من الاستنابة قال او لا يتمكن منه لكثرته لما ذكرناه وقد سبق تحرير المذهب على عامل القراض والاذن يعم العامل وكل ما هاهنا على المنقول وغيره وجها انه لا يجوز له التوكيل في هذه الحالة وحكى الروياني عن بعض الخراسانيين انه صحيح وغلطه فيه ويحكى هذا الوجه ايضا فيما اذا كان الوكيل لا يتولى مثل الموكل فيه بنفسه وعلى الصحيح هل يملك التوكيل في جميع ما وكل فيه او فيما يعجز عن التصرف فيه فيه وجهان اصحهما في الرافعي الثاني ويجمع مجموع ما ذكرناه بلا تفصيل اخرها الجواز فيما لا يقدر على التصرف فيه وفيما يقدر وجهان والثاني لا يجوز فيما يقدر وفيما لا يقدر على وجهان والثالثة اجرا الخلاف في الحالين فروع قال ابن سريج اذا وكله في ان يصنع ما يشاء فهل يقتضي ذلك الاذن في التوكيل فيه قولان في مجموع المحاملي وجهان في الشامل وغيره قال في البحر وجواهر المحاملي في الارشاد منهما المنع ثم قال اذنت لك اذا وكل بالاذن فالوكيل الثاني وكيل عن من يطرقان قال وكل عني فهو وكيل عن الموكل لا ينعزل بانعزال الواسطة ولا بعزله وان قال عن نفسك فالذي حكاه العراقيون من القاضي ابي الطيب والماوردي والشيخ في المهذب وغيرهم انه وكيل عن الوكيل فينعزل بانعزاله وله عزله وللموكل ايضا عزله وحكى القاضي الحسين انه ينعزل بموته وجنونه وهل ينعزل بعزله فيه وجهان اصحهما لا لانه وكيل في التوكيل دون العزل والعزل ضده فالوكيل في البيع لا يملك الاقالة وان طريق الموكل الاول في عزل الثاني ان يعزل الاول فلو عزل الثاني فهل ينعزل يحتمل وجهين وحكى

الغزالي مع ما حكيناه عن العراقيين وجها آخر أنه وكيل عن الموكل فعلى هذا لو حكى له
ما ذكرناه أولا وحكى الروياني عنهم أنه لا يصح وظاهر مذهب الشافعي أن الوسيط
على هذا إذا مات الواسطة هل ينعزل الآخر فيه وجهان وإن قال وكل وأطلق فهل
ذلك كما لو قال وكل عني أو عن نفسك فيه وجهان في الحاوي وغيره وأصحهما في الرافعي
الأول وهو الذي حكاه في البحر — فرع — حيث جوزنا التوكيل بغير الإذن فينبغي أن يوكل
عن موكله فلو وكل عن نفسه ففيه وجهان في الرافعي — تنبيه — حيث جوزنا للوكيل التوكيل
فلا يجوز أن يوكل إلا أمينا فأما إذا وكل فيما لا يتعين له الموكل مقصا وفي البحر في باب الوصية
وعندي أنه يجوز أن يوكل الفاسق وعلى المذهب لو وكل عدلا ثم لا ينعزل من جهة الموكل ففسق
فهل له عزله دون إذن موكله فيه وجهان في الحاوي وغيره والمختار في المرشد الجواز وحكى
الغزالي محل الوجهين فيما إذا قال وكل عني واستبعد بعضهم جواز العزل فإنه إذا ارتضى
ونائب عنه فكيف يعقد على عزله — فرع — وإن وكل اثنين لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف
لأنه إنما رضي بأمانتهما ورضاه دون اجتهاد أحدهما — قال — إلا أن يجعل الموكل ذلك له
تصرف كل منهما وحكى العراقيون وجها أنهما إذا وكلا في حفظ مال أنه يجوز لأحدهما أن يسلمه
إلى الآخر لينفرد بحفظه وينسبونه إلى ابن سريج قال الإمام والفرق بين ذلك وبين ما إذا اشترطنا
في التصرف أن استقلالهما مستقر في الظاهر بتمام كل واحد منهما بحق الحفظ لو لم يكن صاحبه
حاضرا وأن اعتقاد اجتماعهما أبدا على الحفظ وهو مرادهم بعيد والألفاظ المطلقة تحمل على موجب
العرف والتصرفات تقع في أوقات فليس يتعذر الاجتماع عليها فلذلك حمل الأمر فيها على الاشتراك
وصدور التصرف عن رأيهما وقد حكاه في باب الرهن والتحميل وما قاله من الفرق يقتضي توقيلا
في الخصومة فإنه حكى وجهين في أن أحدهما هل يستقل بها مع أن في وجه لا يتعذر فيها الاجتماع
ثم على وجه الجواز في مسألة التوكيل بالحفظ لو أراد أن يقتسما ما وكلا في حفظه واقتسمه
جاز حكاه القاضي أبو الطيب في الرهن ونسبه في المطلب إلى تخريج ابن سريج وحكى الإمام معه في أواخر
باب الرهن وجها آخر أن القسمة لا تجوز على وجه الجواز وإذا وقعت القسمة وأراد أحدهما أن يدفع
قسمه إلى صاحبه هل يجوز قال القاضي أبو الطيب في باب الرهن يحتمل وجهين أحدهما يجوز
كما جازت القسمة وفي الشامل حكى الوجهين عن ابن سريج والصحيح عند المراوزة كما حكاه
الإمام ثم وجزم أكثر العراقيين ها هنا بما دل عليه كلام الشافعي أنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد
بالحفظ

بالحفظ فإذا مات أحدهما لم يقم غيره مقامه بخلاف الموصيين إذا مات أحدهما ولو غاب
أحد الوكيلين فأقام الحاكم شخصا على وكيلهما سمعت وثبت في حق الغائب معا فإذا حضر
تصرفا جميعا قاله القاضي أبو الطيب وغيره — قال — وإن وكله في البيع لم يجز أن يبيع من
نفسه لأن إطلاق الأمر له لا يقتضي دخوله فيه فلا يملكه ولأن البائع من الغير مأمور
بالاستقصاء في الثمن والمشتري لنفسه طبعه يحثه على أن يسترخص وتعلق الثمن وهما متنافيان
وحكى ابن الصباغ أن القاضي أبا حامد حكى عن الإصطخري وجها أن للوكيل أن يبيع من نفسه بخصوص الثمن
الذي يوقع به غيره يصح — قال — ومثل أن ينص له على ذلك جاز نظرا للعلة الأولى وصيغته
أن يقول له إن أحببت أن تشتريه لنفسك من يسلك فافعل وهذا قول أبي إسحاق وحكى الماوردي
أنه مخرج ابن سريج — قال — وليس بشيء لما في ذلك من اتحاد الموجب والقابل وأن الوكيل
لا يعتني بما ذكرناه من قصد الغرض فإن غاية الأمر أن يشتريه لنفسه بثمن المثل وهو متهم
بالتسهل في طلب زيادة عليه نعم لو قال له بعه من فلان بكذا جاز ما آخره فيصح البيع لأن النظر
إلى اتحاد الموجب والقابل إنما كان لما يلحقه من التهمة المفضية إلى تضاد الغرضين ولذلك
لما انتفت التهمة في حق الأب والجد لم يمكن الاتحاد مانعا من التهمة وها هنا قد انتفت
التهمة بالنص على البيع من نفسه بثمن معلوم فإنه لو نص على البيع من الأجنبي بثمن لا يجوز البيع من غيره
مع وجود الزيادة عليه وقف وعنى هذا ها هنا وللقائل بعدم الصحة أن يقول إلى العائد والذي
المذهب يجري في هذا المنقول فيما لو وكل في أن يبيع من ولده الصغير قال صاحب التتمة وجب
أن يصح لأنه رضي بالنظر للطفل وترك الاستقصاء وتولي الطرفين في حق الولد معهود في الجملة
بخلاف ما لو باع من نفسه ويجري أيضا الخلاف فيما لو وكله بالهبة وأذن له أن يهب من نفسه
أو في أن يستوفي من نفسه ماله عليه من دين أو قصاص وعلى قول المنع إذا استوفى سقط
الضمان قال المحاملي لأنه سقط بالشبهة وأجرى أصحابنا لو وكل السيد عبده في أن يكاتب نفسه
على نحو وظاهر المذهب في الكل المنع ولو وكله أن يشتري بعينه فطريقان أحدهما حكاية
الخلاف فيه والثانية القطع بالجواز والمعنى على أنه يفتقر إلى القبول أم لا إن افتقر خرج
على الوجهين وإن لم يفتقر جاز قطعا ويجوز أن يوكل الجاني أن يعفو عن القصاص الواجب عليه وأن
يوكل العبد في عتق نفسه والمرأة في طلاق نفسها قال في البحر والأصح توكيلها في إبراء نفسها
احتاج أن يدري في الحال وإن أخر لم يصح وأنه لا فرق في ذلك بين أن يقول أمرتك

ان يشتري نفسه او وكيله في ان يشتري عبدا اي ويشتري نفسه ان شئت ولو وكله في ان يصالح
عن نفسه فوجهان في البحر اذا عين له ما يصالح عليه ولو اطلق لا يجوز ان يصالح الا على شي
يبلغ قيمته قدر الدين ولو قال صالح على ما شئت يجوز له ان يصالح على كل وجه فرع لو وكل
الولد اباه في البيع هل يجوز له ان يبيع من نفسه قالوا يستفاد البيع بالولاية ام لا فيه وجهان
في الحاوي والمختار منهما في البحر المنع فرع لو وكل انسان انسانا في البيع ووكله اخر في الشرا ذلك
هل يجوز ان يتولى الايجاب والقبول فيه وجهان في تعليق ابي الطيب وغيره والمذهب منهما
في الحاوي والمذهب المنع وهو الذي حكى ابن الصباغ عن الشيخ ابي حامد الجزم به وقال ان الطريق
الاول اصح فانه لا اسقاط عن بيعه من نفسه وقد حكي فيه الوجهان وقال الماوردي ان
الوكيل لو اراد ان يقيم على وكالته البائعة من بيع او شرا وعلى الاول هل يجوز يحمل وجهان وقد
حكى الامام في كتاب الرهن واحتمالها يقتضي غير ذلك فانه قال اذا قال من عليه الدين
لمستحقه وكل وكيلا في قبضه حق هذا او ادفعه الى فلان احد الوكيلين فهذا اختلف
اصحابنا في هذه المسئلة منهم من قال يصح الوكيل القبض عن جهة ذلك الموكل وصار وكيلا للمودي
ومنهم من قال لا ينعزل عن التوكيل بالقبض وان قبل الوكيل ثم قال والافقه الوجه الاول ولا
يشترط مع تصريح الوكيل القبول لما قال من عليه الدين ادفع الى موكلك بل يجوز قوله ادفع
مصمن اي لا امنع منه بل على حسبه فان ذلك يحتمل ان لو وكل المدعا عليه في المخاصمة خصمه
واحد اهل يجوز فيه وجهان اصحهما المنع قال ويجوز ان يبيع من ابنه اي البالغ
ومخالفته لان المالك يبيع لغيره والقابل غيره فهو كالو باع من اجنبي وهذا قول الاصطخري
والاصح في الرافعي وغيره قال وقيل لا يجوز لانه متهم في حقه لما له من الشفقة على ولده
والاحتياط له ويتوقع عود المنافع اليه ولهذا لا يسمع شهادته لهما ولا يسمع لنفسه
وهذا قول ابي اسحاق واختاره في المرشد وحكي في البحر انه اختيار القاضي ابي الطيب
وقد اجري هذا الخلاف في البيع من الزوج والزوجة اذا لم يسمع شهادة احدهما للآخر
قال في الشامل والتتمة والبحر ولو اذن له في ان يبيع من ولده صح بلا خلاف ولو عين
الموكل الثمن للوكيل عند اطلاق الاذن ففي جواز البيع من الابن البالغ وجهان مرتبان
على ما اذا لم يعين واولى بالجواز صحح به القاضي الحسين قال وان وكل عبدا
لغيره اي باذن في شرا نفسه من مولاه فقد قيل يجوز كما لو وكله في شرا شي من غير

مولاه

مولاه باذنه وهذا هو الاشبه في الشامل والذي ذكره المراوزة وجعله الرافعي الاظهر
قال وقيل لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فكان قوله واذا كان كذلك صار
السيد كانه الموجب والقابل وذلك لا يصح على الاصح وهذا الوجه قال الماوردي
انه مذهب الشافعي وحكى البغوي الوجهين في مداينة العبيد وقال ان ظاهر المذهب
فيهما الصحة وانه لا يحتاج الى اذن السيد في الشرا لان سعيه لنفسه منه اذن له بالشرا
وقال القاضي الحسين في باب المكاتب ان كانت الوكالة باذن السيد جاز قولا واحدا
وان كان بدونه فوجهان والوجهان يجريان فيما لو وكله في ان يشتري له من سيده شيا غيره
وفيما لو وكل السيد عبده في بيع نفسه كما حكاه الامام في اخر النهاية لكنه جعل الاصح
فيها الصحة فان ماخذ المنع الاتحاد وهو منتف ههنا ثم حيث صححنا توكيل العبد
في شرا نفسه من سيده فصيغة العقد ان يقول اشتريت نفسي لموكلي ولو اطلق العقد
ولم ينو موكله قال ابن الصباغ ان صدقه السيد على ذلك كان له مطالبة الموكل وان قال
ما اشتريت الا لنفسك فالقول قول السيد مع يمينه يحلف انه لا يعلم انه
اشتراه لغيره ويطالبه ولم يتعرض لعتقه وكلام الامام يقتضي انه يعتق عند اطلاق
العقد فانه قال اذا اطلق العقد وقع عن نفسه دون موكله وان نواه لان قوله اشتريت
نفسي صريح في اقتضا العتق فاذا اطلقه ثم اراد ان يرد الظاهر الدال على العتق لم يقبل
وعلى ذلك جرى الغزالي قال ولا يجوز للوكيل اي في البيع المطلق ان يبيع بدون ثمن المثل
اي بما لا يتغابن بمثله لانه توكيل بعقد معاوضة فوجب ان يقتضي الاطلاق عوض المثل
كالوكيل بالشرا وفيه وافق الخصم وهو ابو حنيفة على انه لا يلزم الموكل فيها الا ثمن المثل
اذا عقد به ولان البيع بدون ثمن المثل محاباة وهي بمنزلة الهبة ولهذا تعتبر اذا جرت
في المرض من الثلث ثم تعتبر الهبة ثم الوكيل لا يملك هبة جز من المال فكذلك لا يجوز
محاباة اما اذا نقص عنه بما يتغابن بمثله فلا يضر لان العادة بالمسامحة على انه لو
قيل بعض ما جرت به العادة لا يخرجه عن ان يكون ثمن المثل لم يبعد ولا يحتاج كلام الشيخ
الى تقييد والمرجع في ذلك الى العرف قال الروياني وهو يختلف باختلاف اجناس الاموال
من الثياب والعبيد وغيرها ولا فرق في بطلان البيع بدون ثمن المثل على الجديد بين ان يرتب
الموكل بصحة البيع ام لا ودل العدم وهو جواز وقف العقود بيد الوكيل بالاجازة وعليه يحمل

ما حكاه القاضي ابو حامد في جامعه عن الساجي انه قال اذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله
فله ان يرد البيع كما حكاه القاضي ابو الطيب وهذا الكلام فيما لو وكله في الشرا فاشترى
باكثر من ثمن المثل لا يقع العقد للموكل وان رضي قال الامام عند الكلام في الحماه وقد رايت
لبعض الاصحاب وجها في انه ان رضي به جاز على شرط الخيار ثم قال ولست ادري ما هذا الوجه
وهذا قد حكاه الماوردي عن ابن سريج ههنا ولم يطرده في البيع على كل حال اذا لم يصح بيع الوكيل
عند بيعه ما يساوي عشرة بتسعة وفرض ان القدر الذي يتغابن به في عشرة درهم وقد
سلم المبيع فان كان باقيا استرده الموكل وان تلف عند المشتري فان البائع وكيل اووامت
عليه قيمته والاصح في الوسيط فيكون الوكيل ضامنا وما ذا يضمنه فيه ثلاثة اوجه احدها تمام
القيمة والثاني القدر الذي لو باع به لصح وهو تسعة وما عداه من المشتري بينهما وقد
حكى المتولي هذين الوجهين قولين منصوصين عليهما في الرهن اللطيف وكذلك ابن الصباغ
في كتاب الرهن وقال ان الصحيح وبه قال ابن الصباغ الاول وجعل السنجي المذهب
وهو الذي اجاب في المرشد وما قاله الثاني من انه لو باع بما يتغابن الناس بمثله لصح فلا
يغرم الا ذلك ويلزمه في حق المشتري ايضا فان البيع لو وقع كذلك لم يلزمه الا ذلك
القدر وقد وافق على انه يلزمه جميع القدر وقد قرب الخلاف من الخلاف فيما اذا صرف جميع
السهم في الزكاة او الوصية الى اثنين هل يغرم للثالث ادنى جزء او الثلث والوجه الثالث
الذي يضمنه تسعة لانه لم يفرط الا فيه ويرجع على المشتري بتسعة وهذا اذا اراد الموكل
الرجوع على الوكيل فلو اراد الرجوع على المشتري رجع بالقيمة وجها واحدا واي قيمة يعتبر فقد
تقدم ما فيها في باب ما يكون بعد بلسـ محل جواز بيع الوكيل بثمن المثل اذا لم يوجد
من يبذل زيادة عليه اما لو وجد فهو كما لو باع بدون ثمن المثل وحكى الروياني عن والده
ضمن فرع احتمالا في هذه الصورة ولو باع بثمن المثل ثم حصل من يزيد فان كان بعد اللزوم
فلا اثر لذلك وان كان قبل اللزوم فقد حكى ابن الصباغ وغيره عن الساجي في كتاب
الرهن انه قال لزمه ان يفسخ العقد ويبيع بالزيادة فان لم يفعل كان البيع مردودا
وان من الاصحاب من اجرى النص على ظاهره ومن جهة انه مامور بالاحتياط وحالة
الخيار بمنزلة حالة العقد قال المحاملي ومنهم من قال لا يلزم ذلك ولكن الاولى ان يفعل
فان لم يفعل لم يبطل الاول لانه لا يتحقق حصول هذه الزيادة والصحيح الاول والذي
هي

حكاه

حكاه في الوسيط في كتاب الرهن ان البيع ينفسخ بمجرد الزيادة من غير ان يجعله مرتبا على
امتناع الوكيل من الفسخ وهي طريقة الامام عن شيخه وحكى في كتاب الوكالة انه في وجوب
الفسخ وجهين فحصلنا مما في كتاب الرهن وحكى الامام عن شيخه مسالحاح ثمه الى ذكر مسلك
تجدد العقد وهي اذا باع البائع المبيع لمن من الخيار هل يصح ويكون متضمنا لفسخ الاول
او لا يصح ويكون فسخا للاول او لا يصح ويكون فسخا فيه ثلاثة اوجه قال فان قلنا يصح
الثاني فان فعله الوكيل لم يحكم بانفساخ العقد وان لم يفعله او قلنا ان الثاني لا يصح ولا
يتضمنه من ارتفاع العقد الاول فلا سبيل الى الحكم بوجوب انشا الفسخ بل ينفسخ
بنفسه ثم على الصحيح اذا لم يفسخ الوكيل ثم بدا للراغب في الشرا نظر ان كان قبل التمكن
من البيع منه تبينا ان الاول لم ينفسخ وان كان بعده فكذلك عند الصيدلاني كما لو دلك
الطاعن الاب ثم رجع قبل اداء الحج فانا نتبين ان لا حج على الاب وهذا ما جعله في
الوسيط الاصح وعند غير الصيدلاني ان البيع الاول قد انفسخ فلا بد من تجديد
العقد قال الامام وهذا اوجه وفيما ثبت من على هذا هل يتمكن الوكيل من البيع ثانيا
امام الاول او من غيره فيه وجهان وجه الجواز حمل الوكالة على بيع يحصل به المقصود
والاول لم يحصل ذلك فكانه لم يجر وقد اجرى الامام مثل هذا الخلاف قبل كتاب السلم
فيما اذا وكله ببيع عبد فباعه ثم رد عليه بالعيب هل له بيعه ثانيا فيه وجهان والقفال
قربهما من القولين في ان البيع بشرط الخيار هل يزيل الملك فان نقله فالاشبه ان
الوكيل لا يبيع مرة اخرى وان لم ينقله جاز للوكيل البيع ثانيا قال الامام والمسئلة
محتملة على القولين والذي جزم به الرافعي فيهما المنع في الصورتين وحكى في ضمن فرع
حكاه قبل النظر الثالث في حكم العقد تبعا لمسئلة الخيار انا ان قلنا ان الملك للبائع
جاز له البيع ثانيا وان قلنا للمشتري فوجهان كما في الرد بالعيب قال
ولا بثمن مؤجل اي وان كان قدر الثمن مؤجلا لان الاطلاق يقتضي الحلول لانه البيع
المعتاد في الغالب وانما يباع الشي نسية لعلة كساد او كساد ونحو ذلك انه لو
قال بعه بكذا الى اقتضى ذلك البيع حالا قال ولا بغير نقد البلد لان نقد
البلد هو الذي يقتضيه الاطلاق في البيع فكذلك في التوكيل ولهذا ان يفسد عدم
الصحة في الصور الثلاث التي ذكرها المصنف على الوصي فانه لا يصح بيعه في حالة منها

بجامع ما اشترك فيه من التسليط على ما به الوصي اقوى بدليل جواز توكيله فيما يعجز عنه عند
الجمهور وقد ظهر من كلام الشيخ ان للوكيل البيع بثمن المثل وبالحال وبنقد البلد والامر
لتخصيص المنع بهذه الاحوال فايدة ولو كان بالبلد نقدان باع بالغالب منهما فان استويا
في التعامل باع بما شاء منهما قال في التتمة على المذهب فلو قال بع بايهما شئت ولو باع بهما
جميعا فالاصح من الخلاف في النهاية الصحة وقال في المهذب بعد حكايته جواز البيع باحد
النقدين عند الاستواء وجب ان لا يصح التوكيل اذا لم يبين فلو باع بالدراهم وفي البلد
نقدان … قال الرافعي وقد رايت في كلام ابي حامد مثل ما ذكره وهو ما
اشار اليه المتولي قال الا ان ينص له على ذلك خلافا لابي ثور لان البيع
… وبالجواز في البيع موجلا اذا عين له قدر الاجل اما اذا اطلق
فالمذكور في المهذب انه لا يصح التوكيل وحكي في المطلب وغيره مع ذلك وجها اخر انه يصح
واحتمال في المرشد … صححه الرافعي وغيره فعلى هذا يرجع في قدره الى العرف على اصح
الوجوه فان لم يكن عرف باع بانفع ما يقدر عليه وقيل له ان يوجل مطلقا وقيل لا
يزيد الاجل على سنة فانه الاجل المعتبر شرعا في الزكاة والجزية ويجب على الوكيل اذا باع
موجلا … حتى لا يكون مضيعا لحقه ولو امتنع كان متعديا وهل يجب عليه
الاشهاد … وظاهر كلام صاحب التتمة في كتاب قسم الفيء يدل على خلاف فيه فانه قال
اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه الى مدة فباعه ولم يشهد وقلنا يجب عليه الاشهاد … ضمنه
… الخط على ما جرت به العادة وقاضي البلد ممن يرى العمل بالخط لم يضمن … وجهان
وهذا يخرج بعيد عندي والمذهب انه يضمن ولا يجوز الحكم بالخط بحال انتهى فرع
لو وكله في السلم مطلقا فان اسلم الوكيل موجلا فهل يصح فيه وجهان ولو اسلم
حالا والخلاف مبني على ما لو قال اسلمت اليك هذا في كذا مطلقا هل يبطل العقد ام
يصح حالا وفيه وجهان كذا قاله القاضي الحسين … ما بين …
… الصحيح من المذهب وحكى ابن ابي الدم في ادب القضا
له وجهان ان القيمة صفة قائمة بالمقوم ذاتية فان … بعض … ومزيد اخرى
فرع لو قال بع بما شئت حكى الامام في كتاب النكاح في اثناء فصول المولى
عليها ان للوكيل ان يبيع بما عز وهان وكلام المتولي في النكاح يوافقه حيث

قال

قال لو قال زوجني بما شئت من المهر فزوجها باقل من مهر المثل صح فلو قال بع بما شئت
وكذا الحكم في البحر في كتاب الشركة وقال فيما اذا قال بع بما ترى او تصرف بما ترى
انه يجوز ان يبيع بما يتغابن الناس بمثله وفرق بانه اذا قال بع بما شئت فظاهره الرضى بما
يشتهيه بعد وكله الى الراي والراي الاخير ثم قال على انه اذا قال بع بما شئت فالحال
يدل على ان مراده بما شئت من نقد او عرض وليس المراد الغبن والمحاباة وان لم يدل قرينة
الحال على … اللفظ على ذلك وظاهر اللفظ انه يعم جميع الوجوه وجزم الرافعي
بانه لا يجوز له في هذه الحالة ان يبيع بالغبن ولا بالنسيئة ويجوز ان يبيع بغير نقد البلد
وهو ما حكاه المتولي هنا والقاضي الحسين ولو قال بع بكم شئت يجوز بالغبن ولا يجوز
بالنسيئة وغير نقد البلد ولو قال بع كيف شئت فله البيع بالنسيئة ولا يجوز بالغبن
وغير نقد البلد وعن القاضي حسين ما حكاه الرافعي انه يجوز الكل ولو قال بع بما عز
وهان فهو كما لو قال بع كيف شئت وقال العبادي يبيع بالعرض والغبن ولا يجوز بالنسيئة
قال الرافعي وهو الاولى وفي تعليق القاضي الحسين انه لا يجوز ان يبيع باقل من ثمن المثل
قال وان قال بع بالف درهم فباع بالف دينار لم يصح لان الاذن في جنس لا
يتناول غيره فجاز بالصرف بغير الاذن وابدى الوجهين في صحة البيع … قال
الرافعي وكذا اورده القاضي ابن كج … ولا يجوز للوكيل ان يبيع باقل من الف ولو
… صرح به الماوردي قال وان قال بع بالف اي ولم يعين فباع بالفين
صح لان من رضي بالف فرضاه بالفين اولى قال الا ان ينهاه فلا يصح لان النطق يبطل
حكم العرف وحكى العبادي ان بعض البصريين من اصحابنا لم يجوز البيع بما فوق الالف وان
لم ينهه لانه لم يرض ببعض ما فوق الالف وحكى الامام عن صاحب التقريب … وجها ان
البيع يصح بالزيادة مع التصريح بالنهي عنها اذا كانت الزيادة من الجنس وحمله الامام على ما
اذا ظهر ان مراد الموكل ان الوكيل لا يحجر بنفسه اما اذا صدر من الموكل ما لا يحتمل التاويل
في منع الزيادة على الالف فالوجه القطع بان البيع لا ينفذ والمشهور ما في الكتاب وعليه
يطلب الفرق بينه وبين ما اذا وكله في شرا شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة
منهما دينارا فان الاصح للموكل على قول في المسالة … وقد يفرق
بينهما بمعنى تحصيل الزيادة فيما عرفا وعادة فالاقتصار على … بهما يظهر

ان العقد به عام النقص عنه واذا زاد عليه فقد حصل ما هو المقصود عرفا وعادة وليس
العرف والعادة يشهدان ان من يرغب في شراء شاة يرغب في شراء شاتين حتى يستفيد التصرف
فيهما فوجب الاقتصار على ما دل عليه اللفظ وايضا فان الوكيل تابع للثمن وقد سلم ان
الوكيل في البيع لا يجوز له ان يبيع بغير نقد البلد فضلا عن العروض لان العرف لا يقتضيه
فلو صححنا شرا الشاة الزايدة على ما اذن فيه لخالفنا موجب اللفظ وهو الاقتصار
على واحدة وموجب العرف وهو التعيين بنقد البلد ومما يوضح ذلك ان القاضي الحسين
حكى القولين المذكورين في الشاتين فيما اذا وكله في البيع بسلعة فباع بسلعة وكان وجزم
بالصحة فيما اذا باع بسلعة وبالثمن من نقد البلد ــ فرع ــ هل يجوز للوكيل والحالة هذه
البيع بالف مع وجود من يرغب بزيادة فيه وجهان في التتمة والذي يظهر ترجيح المنع ولي
حكم المذهب انه لو قال بع بثمن مثله وقد ? المثل فباع به مع وجود من يرغب بالزيادة انه
لا يصح سواه وبهذا يظهر وجه الجواز فيما نحن فيه اما اذا اذن له في البيع بالف من
شخص لا يجوز ان يبيع منه بزيادة عليها لانه قد يقصد محاباته فلا يفوت عليه ذلك ــ فائدة
لو قال اشتر هذا العبد من فلان بمائة جاز ان يشتريه منه بما دونها صرح به المتولي
وان كان بما دونه موجود اثمه قلت ــ قد فرق الماوردي بينهما بان الوكيل في البيع
غير موكل في قبض الزايد على الالف فلذلك امتنع البيع بالزيادة والوكيل في الشرا مامور
بدفع الزيادة ودفع الوكيل للنقص جايز فلذلك جاز شراه بما نقص وما قاله يبطل بما لو وكل وكيلا
في البيع دون القبض فانه يجوز ان يبيع بالثمن المامور مع انتفا ما ذكره وبما لو قال بع بمائة
ولم يعين المبيع منه فانه يجوز له قبض الزيادة اذا جاز له قبض الثمن والذي يظهر من الفرق
ان البيع لما كان مختصا من المعين وعينه كان في التخصيص عليه دليل على ما اعام فلذلك
امتنعت الزيادة ولما لم يكن شرا العبد المعين من غير المذكور ضعف ان يكون التخصيص بالمذكور
دالا على مراعاته فانه كان يحتمل ذلك انه يكون لاجل التعريف ولاجله ما الذي يظهر لي
مسئلة التوكيل بالشرا يحصل امتيازها من مسئلة ساذكرها في احكام الوصية
وهو ان يقال ان كان ما قدره الموكل قدر ثمن المثل او اقل يجوز ان يشتريه باقل
من ذلك لان القرينة دلت على مراعات المحاباة وان كان اكثر من ثمن المثل فقصد
المحاباة ظاهر فلا يجوز نقصه ومثل هذا مثله في مسئلة الوكيل في البيع فيقال

ان

منه

انما قدر الوكيل تقديره المثل يجوز ان يبيع باكثر منه ومن طريق الاولى اذا كان العقد اكثر
من ثمن المثل وان كان اقل من ثمن المثل فلا يزيد عليه ــ فرع ــ لو قال بع بمائة ولا تبع بمائة
وخمسين فله البيع بما فوق المائة ودون مائة وخمسين ولا يبيع بمائة وخمسين وبما فوقها
وجهان اصحهما المنع قال ــ وان قال بع بالف فباع بالف وثوب فقد قيل يجوز كالبيع
بالف وزيادة من ذلك الجنس فانه زاد خيرا وهذا هو الاصح في الحاوي قال ــ وقيل
لا يجوز لان الدراهم والثوب يتقسط على المبيع فما قابل الثوب مبيع وهو خلاف اذنه
فعلى هذا اشكل العقد فيما قابل الثوب وهل يبطل فيما قابل الدراهم فيه قولا تفريق
الصفقة واذا صح لا يثبت للبايع خيار لانه رضي ببيع جميعه بالالف فاولى اذا حصل
بيع بعضه بها ويثبت للمشتري الخيار وفي الكفاية والتتمة ان ابا العباس حكى فيه
وجها اخر انه لا خيار له اذا علم انه الوكيل لانه دخل على ذلك قال ابن الصباغ وليس لهذا
الاعتبار معنى لتعدد العقد والعقد يقتضي ان يكون العقد صفقة واحدة وحكى البندنيجي
والمحاملي عن ابن سريج وجها ثالثا ان المشتري قال ان علمت انه لوكيله عن غيري ثبت ان
لي الخيار او قلت ان بع وكيله يصدق عليه فله الخيار لانه دخل على هذا وان لم يقل ذلك
لم يكن له الخيار ــ فرع ــ لو باع بالف دينار قال ابن الصباغ صح ولم يحك فيه خلافا وان
حكاه في مسئلة الكتاب والعباس يقتضي طرده وهذا ما حكاه المتولي عن ابن سريج وحكى
البندنيجي عن ابن سريج انه يصح البيع فيهما تفريعا على القول الصحيح فيما اذا وكله في شرا
شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل منهما دينارا ان الشاتين للموكل وان حكى فيما
اذا باع بالف وثوب او بالف وعبد ان في صحة البيع فيما قابل الثوب والعبد قولان احدهما
يصح كالوباع بالف ودينار لانه امتثل الاذن لفظا في الالف والخروج للزيادة
والثاني باطل لان الثوب ليس من الاثمان في العادة والدينار منها في العادة ومن هذا يظهر
ان محل الخلاف هذا اذا كان الدينار من نقد البلد اما اذا لم يكن فهو كالعرض وممن صرح
بذلك القاضي الحسين حيث قال في تعليقه ــ قال ــ وان قال بع بالف مؤجلا اي وعين المدة او
لم يعينها وصححنا ذلك فباع بالف حالا جاز لانه زاد خيرا قال ــ الا ان يتضرر
اي فلا يجوز لما مضى او كان الثمن مما يستضر بحفظه في الحال اي مثل ان كان في وقت
لا يومن فيه النهب والسرقة او كان يحتاج حفظه مؤنة في الحال ووجهه ما في ذلك من الاضرار

بالموجل المسمى بالسريع وقيل لا يجوز البيع بثمن حال وان استعماه ذكره الماوردي وهذا
غير صحيح وقال المتولي ان اصل المسئلة اذا كان عليه دين موجل لحاجة قبل محله هل
يلزمه قبوله ام لا ولهذا الخلاف فيما لو قال بع بالف الى شهرين فباع به الى شهر ولا يخفى مما
تقدم ان محل هذا اذا لم يعين له من يبيع منه امالو قال بع من زيد بالف الى شهر فباع منه
بالف حال فانه لا يجوز البيع عند الاطلاق فهنا اولى وان جوزناه فهنا ان ما تقدم من انه
لا يجوز ايضا وقد حكى الامام في الصحة وجهين قال ـــ وان قال اشتر بالف حالا اي
ساعينه له فاشترى بالف موجلا جاز لانه زاد خيرا قال ـــ الا ان ينهاه اي فلا
يجوز لما ذكرناه وفي معنى النهي ان يكون الثمن حاضرا ولا يامن عليه اذا لم يسلمه كما صرح به ابو
الطيب قال ـــ وقيل لا يجوز لانه ربما خاف هلاك المال وبقا الدين في ذمته قال ابن
الصباغ ويقول للمنع عند عدم النهي وغيره لا يتصور الا في الاشيا التي لا يختص صاحبها
اذا كان مهملة على احدهما في الحال وهذا الكلام فيما لو اذن له في الشرا مطلقا فاشترى
الى شهرين كما صرح به الماوردي فيما ـــ الصور المنصوص عليها في شرا الوكيل للموكل
صيغة السفارة ان يقول اشتريت مثال هذا الموكل فيقول بعتك ولو قال اشتر اعتق
هذا ابتدا فقال اشتريت لموكلي وسماه صح العقد للموكل وجهان منقولان في النهاية
والتتمة قدمت حكايتهما في باب ما يجوز بيعه عند الكلام في شرا الكافر العبد المسلم ووجه المنع انه
ما ادخله له ولو قال بعتك لنفسك وان نويت تشتريه للغير فلا ابيعه لك فاشتراه
للغير لم يصح ولو وجد هذا الشرط قبل العقد ثم قال بعتك بعلمه ونوى موكله صح
على الاصح وفيه وجه حكاه في البحر بنا على ان الشرط السابق كالمقارن ولو قال بعت
موكلك فقال الوكيل قبلت له لم يصح عند الشيخ ابي محمد والقاضي الحسين كما
حكاه في التعليق وهو الذي اجاب الامام وجعله الرافعي ظاهر المذهب ورجح
ابو محمد وجها انه وجه الصحة بالنكاح و الفرق بينهما سيتفق عليه في باب
النكاح من هذا الشرح ولو قال بعتك فقال اشتريت ونوى موكله صح بخلاف ما لو قال
وهبت منك فقال قبلت ونوى ان الهبة تقع للموكل ولا تنصرف الى الموكل لان الواهب
قد يقصد بالتبرع عينه وما دل احد شيح ما لبرع عليه وكالة الشرا لان المقصود
منه حصول العوض فان اراد ان يقبل لموكله سماه في العقد كما حكاه

الرافعي

الرافعي عن فتاوى القفال انه اذا صحح البيع بطريق كان مع التصريح بالسفارة فالمذهب
ان الملك يقع للموكل ابتدا وان لم يصرح ولكن نواه فهل يقع الملك للوكيل ابتدا ثم
ينتقل الى الموكل او يقع للموكل ابتدا فيه وجهان كذا رايته في القاضي الحسين في تعليقه
وغيره واسند الوجهين الى ابن سريج والصحيح المشهور في كتب العراقيين ان الملك يقع
للموكل ابتدا كما لو اشترى الاب شيا لطفله ولانه لو ثبت الملك فيه للوكيل لعتق
عليه قريبه اذا اشتراه بالوكالة قال ـــ وان قال اشتر عبدا بمائة فاشترى عبدا
يساوي مائة بما دون المائة جاز لانه زاد خيرا وحكى صاحب البحر وجها في هذه الحالة ان
الوكيل بالخيار بين ان يكون هذا الشرا اولى وقال انه ليس بمشهور ثم محل الجواز على المشهور
اذا لم ينهه اما اذا نهاه عن النقص فقد حكى الامام في نفوذ الشرا للموكل الوجهين اللذين
ذكرناهما فيما اذا باع الوكيل بالف درهم اذن له في البيع به وقد نهاه عن الزيادة عليه
دون تسميتها الماوردي في كتاب الوديعة الى انه يتحقق الحكم وفرع على اصلها فيه
ولو قال اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز ان يشتري بالمائة وما بين الخمسين والمائة
ولا يجوز ان يشتري بالخمسين وهل يجوز ان يشتري بما دونها فيه وجهان في الطريقين
تقدم مثلهما في طرف البيع قال ـــ وان قال اشتر عبدا بمائة فاشترى عبدا بمائة لا
وهو يساوي المائة لم يلزم المخالفة للاذن والعرف وهذا الحكم فيما لو اشترى
عبدا بما دون المائة وهو لا يساوي المائة وفي المهذب وغيره فيما اذا اشترى الوكيل
بزيادة على ما اذن فيه الموكل عن ابن سريج ان الشرا يصح للموكل بالقدر المأذون فيه
والوكيل ضامن للزيادة من ماله وعليه غرمها للبائع لانه حاصل ورثه العقد المعين منطوقا
به قال الماوردي وهو خطا لان الزيادة من جملة الثمن الذي لزم بالعقد فلم يجز ان
ينقص جملته ولو جاز ان تكون الزيادة بعد المعاقدة في البيع مضمونة على الوكيل مع
صحة الشرا للموكل لكان النقصان بعد المعاقدة في البيع مضمونا على الوكيل مع لزوم
البيع للموكل وقد اسقطه لا من تبيه ابو العباس في البيع فبطل ما قيل في الشرا
ايضا فانه وافق على انه لو قال اشتر لي سالما فاشتراه باكثر من ثمن المثل بما لا
يتغابن به ان البيع باطل وقد فرق عن ابن سريج بين الشرا بانه اذا اشترى
باكثر مما اذن له فيه فقد وافق العقد المأذون فيه مع زيادة التزمها الوكيل

بقوله اشتريت فان من اشترى بمائة وخمسين مثلا فقد اشترى بمائة حتى قال بعض اصحابنا
لا يكون كاذبا فيما اذا اخبر انه اشترى بمائة كما ذكرناه في المرابحة ومن باع بتسعين لم
يبع بمائة اصلا ولا في لفظه ما يقتضي التزام القدر الزائد فلا جرم لم يصح بيعه قال
وان دفع اليه الفا وقال اشتر بعينها عبدا فاشترى في ذمته لم يصح لان في الالزام
الموكل ما لم يأذن فيه وهل يقع العقد للوكيل ينظر ان لم يصرح بالسفارة وقع له وان
صرح فوجهان اظهرهما الوقوع قال وانه لو قال اشتر في ذمتك وانقد الالف
فيه فاشترى بعينها فقد قيل يصح لان ذلك اقل غررا فقد زاد خيرا وهو اقرب اي على
اقتصاده وهو الصحيح في البحر قال وقيل لا يصح اي للموكل للمخالفة فانه امر بعقد
يلزم مع بقاء المدفوع وتلفه فعقد عقدا يلزم مع بقاء المدفوع دون تلفه وهذا اختيار
الشيخ ابي حامد وهو الصحيح في النهاية وغيرها والمذكور في المرشد وكما لا يصح للموكل
لا يصح للوكيل لانه وقع بعين مال الغير لو كذبه البائع في انه اشترى لغيره فسد كما ذكرناه
فيما اذا قال اذنت لك في الشرا بعشرة فقال بل بعشرين ولو دفع اليه الالف وقال
اشتر بهذا الثمن عبدا ولم يقل بعينه ولا في الذمة فوجهان احدهما وهو قول ابي علي
الطبري ان مقتضاه الشرا بعينها وقد تقدم حكمه والثاني انه يتخير ان يشتري
بعينها وفي الذمة وينقد الالف وهو ما اجاب في المرشد ورجحه الرافعي فرع
لو اشترى في الذمة ثم تلف الالف قبل ان يقبضه البائع فيه وجهان في التتمة
احدهما ان العقد ينقلب الى الوكيل والثاني انه يبقى على ما كان ويطالب المشتري
بالثمن وهذا الحكم في صحة العقد للموكل والوكيل اذا تلف الالف قبل العقد كما صرح
به القاضي حسين فرع لو قال لوكيله اشتر لي من مالك عشرة اقفزة حنطة بمائة
درهم جاز ثم لاصحابنا وجهان حكاهما الصيمري احدهما ان ذلك قرض وقاله
فعلى هذا الوجه يعين الثمن لم يصح لان قرض المجهول لا يصح والثاني انه عقد وكالة
فيه قرض فعلى هذا الوجه يصح على قدر الثمن جاز كما حكاه الماوردي ومن على الوجهين
ما اذا قال لغيره اقرضني الفا على ان ما رزق الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفين
فعلى الاول يكون مضاربة فاسدة فلا يجب عليه ضمان الربح لرب المال وللعامل
اجرة المثل وفي بحر المذهب حكاية عن القاضي ابي حامد ان العقد لا يصح للموكل

وان

وان صرح بلفظ الطلب والاقراض وقد حكاه في الوسيط في كتاب القراض وجها فان بعث
الوكيل بالشرا فهل يطالب بالثمن او الموكل او هما ينظر فان كان الشرا بثمن
معين وهو في يد الوكيل طولب به والا فلا وان كان بثمن في الذمة ينظر فان سلم الى الوكيل
واذن له في صرفه الى الثمن كما حكاه الشيخ فالوكيل مطالب به وهل يطالب به الموكل
حكى الامام في كتاب العبد المأذون عن الاصحاب طريقين احدهما ان فيه خلافا
كما في مطالبة المقارض والثاني القطع بالمطالبة وادعى ان القياس الاول وان لم
يسلم الثمن الى الوكيل ولم يصدقه البائع في دعوى الوكالة فالقول قوله وتتعين مطالبة
الوكيل فان صدقه في الشرا للموكل وكان قد صرح بالسفارة ففي مجموع المحاملي
والشامل ان الثمن يثبت في ذمة الموكل والوكيل ضامن ولم يحك القاضي ابو الطيب
عند التصريح بالسفارة سواه واجاب في المهذب وحكى ابن الصباغ والمحاملي عن ابن سريج
في صورة التصريح والتتمة انه فالمحتمل وجهين احدهما ان الثمن يثبت في ذمة
الوكيل ولا يثبت في ذمة الموكل شيء منه ويجري ذلك مجرى الحوالة على من لا دين
عليه واذا دفعه الوكيل على الوكيل والثاني انه يثبت للوكيل في ذمة الموكل قال
الرافعي وهذا بنا على ان العقد يقع للوكيل ثم ينتقل الى الموكل وعلى الاول للبائع
مطالبة الوكيل في الموكل وعلى الثاني لا يطالب الا الوكيل وليس للوكيل مطالبة الموكل
قبل الغرم قال الرافعي على الاصح كما قلنا في المحال عليه وهذا ما جزم به ابن الصباغ
والمحاملي واذا غرم رجع على الموكل وليس له حبس المبيع عن الموكل الى ان يقبض الثمن منه
على المذهب وفي التتمة حكاية وجه ان له حق الحبس بناء على ان الملك يقع للوكيل ابتدا
ثم ينتقل ولو ابرأ البائع الوكيل من الثمن فان الموكل يملك المبيع بلا غرم على هذا الوجه
الذي عليه تفرع قال ابن الصباغ والمحاملي وعلى هذا الوجه قال ابن سريج لو قال البائع
ملكا عني بالالف في ذمتي وعليه فاذا اعطيت في ذمة القائل والمشتري واذا
غرم لم يرجع ان دفع بغير اذنه لانه متطوع قاله المحاملي وعلى الثالث لا يملك البائع
مطالبة الموكل ويطالبها الوكيل وان لم يغرم كما صرح به في المهذب وكذلك الامر كله
كما صرح به الماوردي هذا المشهور طريقة العراق واطلاقهم جواز رجوع الوكيل
على الموكل بعد الغرم على الوجه الثاني يدل بعمومهم على ان الاذن في الشرا اذن في

الا اذا الرجوع باحسنه عنهم في باب الضمان وقد حكوا ثم مع هذا اسنا اخر
فلنطالعه وقد حكى المتولي هنا ان المذهب القطع بالرجوع والآخر المنع عن
ان يكون مأذونا للوكيل بالعوض وفي ذلك نظر لوضع العقد وهذا نصه حكاه الامام
هما وفي باب الرهن والخلع والحاصل مما ذكرناه ان الوكيل مطالب من جهة البائع
على الاوجه الثلاثة والموكل معه على الوجه الاول والذي حكاه الماوردي ان الوكيل ان
صرح بالسفارة كان الثمن في ذمة الموكل وهل يكون الوكيل ضامنا له فيه وجهان حكاهما
ابن سريج وان لم يصرح بل نوى موكله فالوكيل ضامن للثمن وهل يصير الثمن واجبا على الموكل
بالعقد فيه وجهان حكاهما ابن سريج فان قلنا لا يجب عليه فهل للوكيل على الموكل الثمن
قبل ادائه عنه فيه وجهان وما قاله يحصل وجه رابع مضاف الى الاوجه الثلاثة ان
الوكيل اذا صرح بالسفارة لا يطالب وقد حكاه المتولي وصححه والذي حكاه الامام
هنا عن ابن سريج فيما اذا لم يصرح بالسفارة ثلاثة اوجه احدها وهو الذي صححه ولذلك البغوي
ان للبائع مطالبة من شاء منهما والثاني انه لا يطالب الا الوكيل وهو المرجح في الوجيز والرافعي
عند الكلام في خلع الاجنبي انه الاظهر والثالث انه لا يطالب الا الموكل وهذا ما حكاه
القاضي الحسين عن المراوزة واذا انضاف الى ما ذكرناه صار وجها خامسا وقد قال
الامام في كتاب الرهن ان الوكيل مطالب ولم يختلف فيه اصحابنا ولذلك قال في فصل اختلاع
الامة وقال في باب تحمل الصداق ان الوكيل اذا اضاف العقد الى موكله لم يتعلق به الضمان
اصلا من جهة انه لم يضف العقد الى نفسه وهو الملتزم فلم يتضمن اللفظ التزاما منه وهذا
وافقه قوله في باب العبد المأذون واختلاف الاصحاب في ان الوكيل بالشراء هل يطالب
بالثمن اذا اضاف الشراء الى نفسه ولم يعقد العقد على صيغة السفارة فرع الوكيل
بالاستقراض ان صرح بالسفارة لم يطالب والمطالب الموكل وان لم يصرح بل نوى ولم يعلم
المقرض انه وكيل فهل يطالب حكى الامام في باب تحمل الصداق ان من اصحابنا من قال يطالبه
كما يطالب الوكيل بالشراء وهو ظاهر المذهب في الوكيل بالشراء ومنهم من قال لا يطالب
الوكيل بالاستقراض انما يطالب الوكيل بالشراء والفرق ان الوكيل في الشراء يقول
اشتريت وهذه الكلمة في وضعها تصلح للجريان على موجبها واما الوكيل بالاستقراض
فلم يوجد منه ما يقتضي الضمان فرع قال الماوردي ابو الطفل وولي اليتيم

اذا لم يذكر في العقد اسم الطفل كان ضامنا للثمن ولا يضمنه الطفل في ذمته ونقدا
ذلك من ماله وان ذكره في العقد لم يكن ضامنا الا بالضمان بخلاف الوكيل في احد الوجهين والفرق
ان شرا الولي لازم للمولى عليه بغير اذنه فلم يلزم الولي ضمانه وشرا الوكيل يلزم باذن موكله
فلزم الوكيل ضمانه قال وان قال بع بيعا فاسدا اي مثل ان يقال الى معلوم الحاج
والى الدرع او بشرط ان لا يسلم ونحو ذلك قال فباع بيعا صحيحا او فاسدا لم
يصح اما الفاسد فلان الشرع لم ياذن فيه واما الصحيح فلان الموكل لم ياذن فيه ولانه وكل
في بيع فاسد فوجب ان لا يملك به الصحيح اصله ما اذا وكله في البيع بخمر او خنزير او مبيعة
ملح بالدراهم والدنانير قال وان قال اشتر بهذا الدينار شاة اي موصوفة فاشترى
شاتين تساوي كل واحدة منهما دينارا اي بالصفة بما امره به كان الجميع له اي للموكل لما روي انه
صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة بن الجعد البارقي دينارا ليبتاع شاة فاشترى شاتين فلقيه رجل
فساومه في احداهما فباعها بدينار ثم جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم ومعه شاة ودينار وحدثه
الحديث فقال بارك الله لك في صفقة يمينك فكان بعد ذلك يخرج الى الكوفة فيربح
الربح العظيم وكان من اكثر اهل الكوفة مالا فلما اقره صلى الله عليه وسلم دل ذلك على جوازه ولانه
حصل له المقصود وزيادة فصح للموكل كما لو وكله في شرا شي بعشرة فاشتراه بخمسة او في بيع شي
بخمسة فباعه بخمسة عشر وهذا هو الاصح في الطرق قال وقيل للوكيل شاة بنصف دينار
بغير اذن الموكل ووجهه ان الموكل انما اذن في شرا شاة ولا يملك ما لم ياذن في شرائه ثم
في حق الوكيل لتعلق احكام العقد به والحديث قد قيل انه مرسل حكاه عند بيع الفضولي
فلا حجة فيه وان صح فقد ذكر عبد الحق ان البخاري خرج عن شبيب بن غرقدة قال سمعت
يحدثون عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا وذكر الحديث بمعناه مما يستدل
به لهذا القول فانه صلى الله عليه وسلم اجاز بيع عروة الشاة فلولا انه ملكها لما صح بيعه لان
الانسان لا يملك بيع مال الغير بغير اذنه واما القياس على جواز البيع بخمسة عشر عند الاذن
في البيع بعشرة فقد تقدم ذكر الفرق بينهما وهو مانع من الالحاق واعلم ان معظم الاصحاب
قالوا على هذا القول يتخير الموكل بالخيار بين ان ياخذ الشاتين بالدينار وبين ان يترك الشاة
للوكيل ويسترجع منه نصف دينار وحكوا ذلك عن نص الشافعي في الاجارات وان ابن
سريج وجهه بان اشترا ملك الغير بغير اذنه يجوز لتعلقه بذمته ومشاركته له

كان الصفقة وهنا اولى فان الوكيل اضاف العقد الى موكله وان محل هذا القول اذا وقع العقد
على عين في الذمة وقال القاضي ابو الطيب في تعليقه انه لا وجه لهذا القول عندي الا ان يكون
بنا على القول الذي حكي عن الشافعي في البيع الموقوف انه يجوز وعلى الاخرى المتولي ولم يتعرض
في المهذب لذكر ثبوت الخيار للموكل على هذا القول بل اورد فيه ما اورده في هذا الكتاب ولعله
يرى انه لا لبس فاحاده الرسل في ارد الصفقة وجها مساوقا وحكى في البحر ان صاحب الافصاح
اورد اهما الاصح مذهب ابي حنيفة ووافق الشيخ المعظم في انحله اذا ورد العقد على عين
في الذمة وقال فيما اذا ورد على عين الدينار ان ذلك مبني على ما اذا اشترى في الذمة فان قلنا يقع
العقد في الشاتين للموكل فكذلك هاهنا والا بطل في احدى الشاتين وجرى في الاخرى قولا
تفريق الصفقة وان الصحيح منهما هنا البطلان لانه يؤدي الى ان يحصل بها وعندنا لو اشترى
شاتين بشاتين على ان الخيار احدهما الاصح العقد قلت ومما قالوه نظر فان القاضي ابا
الطيب حكى في تعليقه عن الشافعي انه ذكر في الاجارات ان احداهما الزمه بنصف دينار وهو بالخيار
في الاخرى ان شاء امسكها بالنصف الاخر وان شاء ردها او يرجع على الوكيل بنصف دينار ولذلك
حكى المتولي والماوردي النص بهذه العبارة او بما يقاربها وان هذا صحيح لم يلزم منه ان يكون
حكما ان للموكل شاة بنصف دينار لان رجوعه على الوكيل فيه عند عدم الاجازة يجوز ان يكون لاجل
انه صرفه من ماله بطل العقد فيه لعدم الاذن فيه والاجازة ولاجل ذلك حسن من القاضي ابي الطيب قول
لا وجه لهذا عندي الا ان يكون بنا على البيع الموقوف يجوز القول الذي حكاه ابن الصباغ والعاملي
والروياني عن الشافعي في الاجارات انه قال اذا اعطاه الدينار وقال اشتر به شاة فاشترى
شاتين فيهما قولان احدهما تستقل بملك الشاتين معا الى الموكل والثاني يستقل بملك احداهما الى
الموكل وملك الاخرى الى الوكيل بثمن الموكل فيها بالخيار ان شاء اقرهما على ملكه فيه وان شاء
انتزعها وهو اصح فيما حكوه من ان للموكل شاة بنصف دينار وعلى هذا الاحسن قول القاضي وغيره
ان هذا بنا على قول الوقف لا على قول الوقف لا يحكم بان الملك فيه للمتولي بل للاجازة
والرد وهنا قد حكمنا بان الملك له وقد رايت من حمل على النص ان المراد بقول الوقف هنا
ليس الوقف على القديم بل الوقف على الجديد وهو ما اذا باع الملك بعض ماله بعد الحجر عليه
وهذا لا يخلو من المناقشة ويلزم الاصحاب مما حكوه من صورة النص ان يكون صورة المسالة اذا
وقع الشراء بعين الدينار والا لم يقع العقد للموكل في شيء من الشاتين لان قوله اشتر بهذا

الدينار

الدينار شاة صريح في الشرا بالعين كما صرح به الامام فيما اذا دفع الى انسان دراهم وقال له
اشتر بها طعاما وقد تقدم انه لو وكله في ان يشتري بالعين فاشترى في الذمة لا يصح العقد
للموكل وقالوا وقد حكوا ان محل الخلاف اذا وقع الشرا في الذمة ويلزم عليه ايضا ان يصح العقد
على شاة من شاتين كما استشكله المتولي بمحل وطريق الجواب عن الالزام الاول على صحة
النص الذي حكاه الاكثرون ان يمنع ان قوله اشتر بهذا الدينار شاة كقوله اشتر بعينه بل
هو كما لو دفعه اليه وقال اشتر بهذا الدينار شاة وقد حكينا ان الاصح في هذه الحالة صحة الشرا
بالعين وفي الذمة فلو صرح اليه فان حمل على مقابله يلزم ان لا يصح العقد للموكل في شيء من الشاتين
ايضا اذا وقع الشرا في الذمة قلنا قد حكى الامام وجها ان العقد لم يقع في الوكالة وكذلك
الرسل مع وجه اخر ان العقد يبطل في الشاتين واعلم ان الجيلي حكى عن بعضهم انه حرك
الخلاف في مسئلة الكتاب من غير فرق بين ان يرد العقد على العين او الذمة ولذلك يرى
الاجمال فيما وقع في المسئلة من الاجمال في غالب الطرق بها بقلاد ذلك عن العمرانه ذكر مثل
ذلك له في البحر بعد ان حكى الخلاف فيما اذا ورد العقد على العين انه يصح في الجميع او يبطل
في احدى الشاتين واشار الى جريان هذا الخلاف فيما اذا كان العقد على ما في الذمة فقيها
منه الذي اوردناه ولا يكاد يصح ذلك فانه لا يتصور ان يصح الشرا لشخص بمال غيره من غير اذنه

فروع احدها هل يجوز للوكيل بيع شاة من الشاتين والحالة هذه اذا قلنا بانهما
للموكل بغير اذنه فيه وجهان حكاهما الجيلي عن عمر بن العراقي احدهما المراوزة وهما
مبنيان عند الشيخ ابي حامد فيما حكاه السنجي والقاضي حسين على الفوائد فيما اذا اغتصب مالا
فاتجر فيه والحديث فيهما ان تصرفه باطل وفي القديم ان لرب المال الخيار بين ان يجيز البيع فيكون
الربح له وبين ان يبطل ويطالب ببدل ماله ومقتضى هذا انا اذا صححنا ان للموكل الخيار
وقد يتمسك القايل بالصحة بحديث عروة والقايلون بالصحيح الذين علوا صحة الحديث
فالواقعة واقعة حال وعروة يحتمل ان يكون وكله مطلقا بمعنى انه صلى الله عليه وسلم
وكله في بيع ماله اذا راى فيه مصلحة كما صرح به المتولي لا يقال انه صلى الله عليه وسلم
ان كان قد وكله في بيع ماله فذلك محمول على الموجود وهذا مال متجدد وان كان قد
وكله في بيع مال متجدد فهو تعليق للوكالة وانتم لا ترونه فلا يحسن تخريج هذا الاول على
لانا نقول بقي قسم ثالث وهو ان يكون قد وكله في بيع الموجود وما يتجدد ونحو ذلك

فالحوز للموكل وقبض الثمن والتصرف فيه وان لم يملك الثمن بعد رطوبة المعيبة وكذلك
الوقف يصح على الموجود من اولاده ومن سيوجد ولو افرد من سيوجد بالوقف عليه لم يصح
الثاني لو اشترى الوكيل شاتين تساوي كل واحدة منهما دون الدينار وتساويا دينارا
التزمن دينارا لم يصح العقد للموكل الثاني لو كانت احداهما تساوي دينارا والاخرى
دونه فقد حكى ابن الصباغ والروياني وغيرهما في صحة العقد عليهما للموكل وجهان وان اوجبه
الصحة في الجمع للموكل وجعله القاضي ابو الطيب المذهب قلت ويشبه ان يبنى الخلاف
فيهما على مسئلة الكتاب فان قلنا فيها لا يلزم الوكيل الا شاة فهنا لا يلزمه الا التي قيمتها
دينار وتلزمه الاخرى للوكيل بقسط ثمنها من الثمن وان قلنا ثم ان الشاتين للموكل فهنا
وجهان للوجهين فيما اذا قال بع بمائة فباع بمائة وثوب لانها زادت خيرا لكنها تغاير الصفة التي
اذن فيها على الصحيح فاذا جوزنا للوكيل بيع احدى الشاتين فان باع التي قيمتها دينار لم
يصح لانه يفوت المقصود وان باع الاخرى صح وحكم التوكيل في شراء عشرة اقفزة من حنطة
بدينار حكم التوكيل في شراء شاة بدينار حتى لو اشترى احد عشر قفيزا من النوع الذي رسم
بدينار خرج على القولين صرح به صاحب البحر وان وكله في بيع عبد او شراء عبد لم يجز
ان يعقد على بعضه لما في التبعيض من الاضرار وهذا في جانب الشراء ظاهر حتى لو اشترى النصف
لا [illegible] يقع العقد عن الموكل وفيه وجه في جانب البيع فيما اذا باع النصف بكل الثمن
فيه الكل اما اذا اباع ببعضه الكل صح ايضا كما صرح به في المهذب وغيره ولو وكله في بيع ثلاثة
اعبد فباع واحدا منهم بدون قيمة الجميع لم يصح وان كان بقيمتهم صح وهل يبقى وكيلا في بيع
الباقين فيه وجهان في الطريقين وان وكله في شراء عشرة اعبد فليس له ان يعقد عليهم
صفقة واحدة وان يعقد على واحد واحد فان قال اشترهم في صفقة واحدة فاشتراهم
من شخصين بثمن واحد من كل واحد منهم خمسة وصححنا مثل هذا العقد ففي صحة الشراء
للموكل وجهان في الشامل وفي الحاوي في هذه الصورة الجزم بالبطلان وحكاية الخلاف
عن ابن سريج فيما اذا كانوا مشتركين بينهما على الاشاعة وعلى الاخرى المحاملي والسنجي
قال وان امره ان يشتري شيئا موصوفا اي وان كان يساوي ما اشتراه
به او من عليه لان الاطلاق يقتضي السلامة وكذلك لو اشترى عينا فوجد
بها عيبا فله الرد فلو اشترى مع العلم بالعيب لم يقع للموكل لانه غير

المادون فيه وكذا هو الاظهر عند المراوزة ايضا وحكوا معه عند مساواة المبيع ما اشتراه
او جها احدها ان العقد يقع للموكل والثاني ان كان العيب يمنع من الاجزاء في الكفارة والمبيع
عبدا فلا يقع للموكل والا وقع والثالث حكاه الامام عن سميه في كتاب الفرائض واستحسنه
انه ان كان يشتريه للتجارة وقع العقد للموكل وله الخيار وان كان يشتريه للقنية والخدمة
فلا يقع للموكل لكن المعلوم لهم قالوا واذا قلنا بوقوعه للموكل فلا خيار للوكيل في شرائه
للموكل وجهان وجه المنع اقامة علم الوكيل مقام علم الموكل كما ان رؤيته الوكيل مقام
رؤية الموكل وعلى مقابله وهو الاصح اذا فسخ الموكل فهل ينفسخ العقد من اصله او يرتد
الان للوكيل فيه وجهان قال وان لم يعلم بالعيب ثم علم رده اي من غير احتياج الى اذن
الموكل فيه لان الموكل اقامه مقام نفسه ولما ان للموكل اذا اطلع على العيب ان يفسخ كذلك
للوكيل واحتج له القاضي ابو الطيب وغيره وقال في المهذب لانه لو لم يرده حصل بعضه
يجازره فانهما لو اشترى لنفسه ومنهم من علل بانه لا يامن ان لا يرضاه الموكل ولا يصدقه
البائع في دعوى الوكالة فيلزمه الثمن فيتضرر ومقتضى التعليل ان لا يملك الرد اذا سمى
الموكل في العقد او كان ما اشتراه يساوي الثمن او اكثر او وقع العقد عن مال الموكل
وقد حكاها المتولي وجها في الصور الثلاث وحكى الامام في كتاب القراض اذا كان المعيب
يساوي الثمن فيه انه لا يرد وقال الرافعي وروى صاحب التقريب وجها عن ابن سريج
ان الوكيل لا يملك الرد الا باذن موكله قال الامام وهذا قد يقرب من الخلاف
وعلى المذهب لو رضي به الموكل لم يكن للوكيل الرد قال الامام اجماعا قال المتولي والفرق
بينه وبين الفسخ بخيار المجلس حيث اثبتنا للوكيل الفسخ وان اختار الموكل ان خيار المجلس
مختص بالوكيل يعني يقول صاحب الشرع البيعان بالخيار فكان هو المتصرف فيه وخيار العيب
ثابت للموكل يعني لان شرعه مختص به وهذا التصرف بسبب العيب فكان رضاه معتبرا وقال
الرافعي ان ما فرق به المتولي لا يحاد المعنى ينبغي الميل اليه ولو رضي الموكل بالعيب بعد رد
الوكيل لم يكن له امر ولو استمهل البائع الوكيل في الرد الى ان يعلم موكله لم يلزمه ذلك
فلو اجابه فهل يسقط حقه من الرد في المهذب والمختار منهما في المرشد عدم السقوط
وقد حكاهما الامام عن العراقيين ايضا فيما لو ماطل الوكيل حتى ردّ نفسه بالزام
العقد وصحح وجه السقوط وهو الذي اجاب في المرشد وعلى هذا اذا لحض الموكل

وان
واجاز العقد فلا دام لم يرض به فى المهذب ساں البيع للموكل ولا يرد بالنص مع
الامكان وقيل له الرد لانه لم يرض بالعيب وضعفه وهذا القول لم يحك المتولى والسنجى
سواه واجاب فى المرشد وادعى الامام انه منصوص عليه لانه اذا لم يبطل حق الموكل بابطال
الوكيل فبالتاخير اولى ثم هذا اذا تواطأ البائع والمشترى والموكل على ان العقد وقع
للموكل بالنية او بالتصريح بالسفارة اما لو اخر الوكيل الرد او اسقطه لحجة من لم يرد ولم
يصدقه البائع على ان العقد وقع للموكل فالمنصوص وبه جزم المتولى والبغوى ان السلعة
تلزم الوكيل اذ كان الثمن الذمة وقيل يلزم الموكل وهو الذى نقله ابو حامد ولم يحكه
البندنيجى بل قال بعد حكايته الاول ولاصحابنا فيه ما لا يحكى لمسائل لانه خلاف المنصوص
على خلاف نعرض له الوكيل الارش من الثمن لتصحيح عند الجمهور وهو الاصح فى المهذب وقال
ابو يحيى البلخى يرجع عليه بما نقص حتى لو اشتراه بمائة وهو يساوى ثمانين لا يغرم فيه مساوى الارش
فى وقوع العقد للموكل عند عدم العلم بالعيب بين ان يكون المبيع يساوى الثمن ام لا عند
الاكثرين وحكى الامام فيما اذا كان لا يساويه وجهين فى وقوعه للموكل وان المذهب منهما
انه لا يقع لان العيب يمنع الوقوع عن الموكل مع سلامة المبيع وان لم يعرف الوكيل بعيب
العيب اولى وفرق الاكثرون بينه وبين العيب العقد لو صح للموكل معه لما كان له مستند
فانه لا يلبث فيه بخلاف العيب قال وان وكله فى شراء شىء بعينه فاشتراه ثم وجده
معيبا فالمنصوص اى فى اختلاف العراقيين انه يرد بالذكر قال وقيل لا يرد لان
الموكل قطع اجتهاده بتعيينه ولعله قد امره بشرائه بعد علمه بعيبه وهذا قول الجمهور كما
حكاه الماوردى وقال انه الاول قول ابى حامد الاسفرايينى والذى اجاب به فى المرشد الثانى
قال الرافعى ولم يذكروا الى الاصحاب فى هذه المسألة منع عن الموكل وهى لا يبعد القياس
انه كما سبق فى الحالة الاولى لو كان المبيع معيبا يساوى ما اشتراه به وهو عالم بعيبه
عن الموكل هنا اولى يجوز تعلق الغرض بعينه ومحل الخلاف كما قاله فى الكافى ما لم ينص للوكيل اذا
الثمن اما اذا قال له اشتره بهذا فاشتراه ثم وجده معيبا فلا رد للوكيل قولا واحدا لانه قطع
لو ادعى البائع على الوكيل علمه برضى الموكل بالعيب قبل العيب نظر ان لم
امكن ذلك لم يسمع وان امكن حلف على نفى العلم وعن القاضى ابى حامد وغيره وجها بانه
لا يحلف فعلى الاول ان حلف الوكيل رد المبيع فلو حضر الموكل من بعد وصدق البائع
فان

بان بطلان الرد كما حكى عن ابن سريج وعن القاضى الحسين خلافه كما حكاه المتولى والذى رايته فى
تعليقه ان الموكل اذا حضر وقال قد رضيت به لا احتاج الى بيع جديد وقد قال ان
هذا الخلاف مبنى على انعزال الوكيل قبل العلم كما حكاه عن ابن الصباغ فيما اذا عفى ولى الدم
قبل القصاص ولو نكل الوكيل عن اليمين حلف البائع ولو لم يحلف للوكيل الرد ثم اذا حضر
الموكل وكذبه قال فى المهذب لزم العقد للوكيل ولا رد له لابطال الحق فيه بالنكول
وهذا منه بناء على ما صححه من ان الوكيل اذا اخر الرد سقط حق الموكل وهو وافقه فيما ذكره
هنا صاحب البحر وقال القاضى الحسين فى تعليقه هذا اذا اخر الموكل الشراء ولم يسم الوكيل الموكل
فى العقد فان سماه فعلى وجهين واعلم ان ظاهر كلام الشيخ يقتضى ان محل الكلام فى جواز رد
الوكيل اذا كان العيب مقارنا للعقد اما اذا حدث فليس فيه تصريح بحكمه ويقتضى ما حكاه
عن القاضى ابى الطيب من المعلل جوازه قال وان وكله فى البيع من زيد فباع من
عمرو لم يجز لانه قد يريد البيع من زيد لطيب ماله او لارادة تخصيصه بالمبيع دون غيره فلا
يلزم ان يكون الاذن فى البيع اذنا فى البيع من غيره والاصل المنع ولا فرق فى منع البيع
مالى من عمرو بين ان يكون وارث زيد او غير وارث لما ذكرناه ولهذا لو قال حرم من على ان اخرب
واحد من ورثته بخلاف ما لو قال حرم مالى على زيد فانه يجوز ان يأخذ من وارثه قال
وان وكله فى البيع فى سوق فباع فى غيرها اى ولا تفاوت بينهما جاز لا معاق الغرض بها وقيل
لا يجوز فالمسألة ... وقال بعضهم انه ليس بصحيح وصححه ابن القطان والبغوى واجاب به فى
المرشد وقال الماوردى انه الاشبه ووقف نسب القاضى ابو الطيب الاول الى النص وجزم
به وتابعه فى الجزم الغزالى فى الوجيز قال فى ربع التمويه ومحل القول الثانى اذا لم يقدر له
الثمن اما اذا قدره فقال بع بمائة فباع فى غيرها بها جاز وجها واحدا والمحل بينهما لو قال بع
فى بلد كذا كالحكم فى قوله بع فى سوق كذا صرح به القاضى ابن كج لكنه اذا باع فى غيره
ان ضامنا للمبيع والثمن اذ مطلق الاذن فى البيع لا يقتضى الاذن فى السفر اذا كان
الثمن فى الموضع الذى عينه اكثر والنقد فيه اجود لم يجز البيع فى غيره وفاقا ولذا
اذا نهاه عن البيع فى غيره ولا خلاف فى انه اذا اذن فى البيع فى زمان لا يجوز ان يبيع
فى غيره متقدما او متاخرا وعند اطلاق الوكالة يحمل على البيع بالنهار وان باع ليلا قال
القاضى الحسين فى تعليقه ان كان الراغبون فيه مثل النهار جاز والا لا لان

قال وان وقله في البيع سلم المبيع اي اذا كان معسا في يده لانه من مقتضى العقد
بدليل انه لو باع بشرط ان لا يسلم بطل واذا كان من مقتضى العقد تضمنه التوكيل
خيار المجلس ونحوه فعلى هذا الوكيل في التوكيل ان لا يسلم المبيع ان قبض الثمن لم يكن له
التسليم لاخذه في شرح الفروع وقال فاما هذا الشرط فاشكال لان التسليم مستحق
بالعقد وروي عن ابي علي الطبري وغيره وجهان في ان الوكالة هل تنفسخ به حتى يسقط الجعل
المسمى ويجب اجرة المثل وحكى الشيخ ابو علي في جواز تسليم المبيع بعد توفر الثمن ليس من مقتضى
الوكالة بل لانه ملكه ولا حق يتعلق به وهو ظاهر قال ولم يقبض الثمن اي حيث
لم يكن القبض شرطا في صحة العقد وكان الثمن حالا لانه قد يرضاه للبيع ولا يرضاه للقبض وهذا
ما اجاب به في المهذب قال وهل يقبض الثمن لانه موجب العرف قبض الثمن وتسليم المبيع
ونزل عليه وهذا هو الاصح في الرافعي وحكاه الشاشي والتتمة اما اذا كان القبض شرطا
في العقد كما في الصرف ونحوه فلا خلاف في ان له القبض والاقباض ولو كان الثمن موجلا لم يكن
له القبض وحيث جاز للوكيل في الشراء حكمه في تسليم الثمن المعين وتسليم المبيع حكم وكيل البائع
في تسليم المبيع وتسليم الثمن فيما ذكرناه وفاقا وخلافا كما صرح به ابن الصباغ وغيره وفي الوسيط
وفرق بينهما فرع اذا قلنا بالاول فاذا سلم الوكيل المبيع قبل قبض الموكل الثمن بعد يحق
قبضه اي بسبب اعسار المشتري لا يبقى الوكيل ضامنا كما صرح به القاضي ابو الطيب والبندنيجي
ووجهه المتولي بانه لم يستحق التسليم حتى يجعله مفرطا بتسليم المبيع قبل استيفاء الثمن وان قلنا
بالثاني فليس له التسليم الا بعد قبض الثمن فان كان له المطالبة بالثمن كما صرح به القاضي
ابو الطيب وابن الصباغ وما الذي يضمنه الوكيل للموكل نظر ان كان الثمن وقيمة المبيع سيان
غرم القيمة وان كانت القيمة اقل لم يضمن غيرها وان كانت اكثر مثل ان باعه بما يتغابن
بمثله فوجهان اصحهما انه يغرم جميع القيمة والثاني قدر الثمن لانه فوته بالتسليم وقد
رجع حاصل الوجه الثاني الى انه يغرم اقل الامرين من القيمة والثمن وهو ما حكاه الامام
هنا واجاب القاضي الحسين في كتاب الغراس بعد ان قال قال اصحابنا يضمن اكثر الامرين من
قيمة المبيع او ثمنه وقال الامام في كتاب التفليس اذا اعسر على الموكل قبض الثمن ضمن الوكيل
وفيما يضمنه وجهان نقلهما صاحب المهذب احدهما الثمن فانه فوت متعلقه كان كشاهد
الزور والثاني قيمة المبيع فانه التزم ان لا يسلمه الا بشرط فاذا لم يف بالشرط لزمه

القيمه نظرا الى ما قبل البيع ثم قال وهذا الضمان على الجملة نوع خارج عن قانون الضمان
فانه لم يلزم الثمن بجهته ولما سلم المبيع لم يخرج عدوانه في ملك الموكل فالقياس الكلي نفي
الضمان لكن اتفق الاصحاب عليه واذا اعتبرنا قيمة المبيع فالمعتبر حاله التسليم كما صرح
به القاضي حسين ثم اذا قبض الوكيل الثمن بعد الغرم للموكل كان له حبسه حتى يستوفي ما غرمه
للموكل قاله القاضي حسين في الفتاوى فرع اذا غرم احدهما اذا قبض الوكيل الثمن
حيث جاز له القبض فخرج المبيع مستحقا واخذ منه او تلف الثمن في يد الوكيل فللمشتري
الرجوع بالثمن على الوكيل ان انكر توكيله وحلف على نفي العلم فان صدقه فهل له الرجوع
عليه فيه ثلاثة اوجه حكاها الامام عن ابن سريج احدها انه الموكل لا غير لان الوكيل متوسط
كالسفير ويده في القبض يد الموكل فكان الموكل قبض المال وتلف في يده وهذا ما حكاه
القاضي ابو الطيب في كتاب الرهن فيما اذا باع العدل الرهن باذن الحاكم وقبض
الثمن وتلف في يده وخرج الرهن مستحقا انه لا يرجع على العدل وادعى الاجماع عليه
وفي الحاوي حكاية خلاف فيه ابن الصباغ الاتفاق على ان الحاكم لو باع وتلف الثمن في يده وخرج
المبيع مستحقا انه لا ضمان وهو ما حكاه الثاني انه للوكيل لا غير لان انقطاع اثر الوكيل
بالاستحقاق وهذا ما جعله الامام هنا اقيس وقال في كتاب الرهن الذي يجب القطع
به ان الوكيل مطالب ولو اراد المشتري مطالبة البائع بالثمن ولم يوجد منه في حق المشتري
الامر وكله بالمعاملة ومن اعترض بغصب مال الغير فاقره عاصيا ثم قال ولست ابعد احتمالا
يراه بالطرق في نفي مطالبة الموكل كما ذهب اليه العراقيون والوجه الثالث له مطالبتهما
جميعا وهو المختار في الرافعي وحكاه الماوردي ايضا وعلى هذا اذا غرم الوكيل فالمشهور من
المذهب كما حكاه الامام انه يرجع على الموكل وقيل لا وان غرم الموكل لم يرجع على الوكيل
وهل يرجع عليه في هذه الحالة لتلف العين تحت يده وان قلنا بالوجهين الاولين فمن غرم
منهما لم يرجع على الاخر كذا حكاه الامام هنا وفي كتاب الرهن ان الوكيل مطالب دون
الموكل واذا غرم رجع على الموكل ولو تلف المال في يد الموكل بعد ان سلمه له الوكيل
فلا نزاع ان الموكل مطالب وهل يطالب الوكيل ذكر الامام فيه خلافا في كتاب الرهن
الثاني اذا اشترى عبد الموكله وقبضه باذنه وتلف في يده فهل له تسليمه الى موكله ثم
خرج ما قبضه مستحقا قلنا للمالك مطالبة البائع قطعا وكذا مطالبة المشتري وان كان لوكيله

لكونه وكيلا وان صدقه فهل له المطالبة دون الموكل او مطالبة الموكل وحده او مطالبتهما
فيه ثلاثة اوجه ووجه مطالبة الموكل هنا ضعيف اذا كان الاذن في شرا عبد موصوفا ولم يصدر
منه ما يقتضي التغرير الذي جعلناه في الفرع قبله وحكم التنازع بين الموكل والوكيل ها هنا ما ذكرناه من
قبل ايضا — قال الرافعي اذا باع الوكيل ما وكل فيه ثم رد عليه الى موكله فخرج مستحقا
او معيبا فرده فللموكل مطالبة المشتري بالثمن وله تغريم الوكيل لانه صار مسلما المبيع
قبل حدوثه وفيما يغرمه الوكيل وجهان احدهما قيمة العين والثاني الثمن قال —
وان وكله في تسليم دين عليه لم يجز له قبضه لانه غير ما دون فيه لفظا ولا عرفا قال الماوردي
فلو رضيا بالتعيين في المسلم ولا رضاه في القبض في طرفه المادة حكايه وجها انه يجوز القبض
في قبض الثمن جعله في البحر ظاهر المذهب والصحيح خلافه قال — وان وكله في قبضه
محمد من عليه الحق فهل له قبضه بنفسه لانه يتوصل به الى ما وكل فيه واقتضاه الاذن وهذا الاصح
المختار قال — وقيل لا يقبضه لانه قد رضيه في القبض لامانته ولا يرضاه في التسلم لفقد
حجته وهذا ما اهملوه في المرشد ويجري هذا الخلاف فيما اذا وكله في قبض عين ... هي في
يده ولو وكله في بيع دار او قسمة نصيبه من دار او طلب شفعة لم يكن له تسليمها عند بعض الاصحاب
قال في البحر وقيل فيه وجهان ايضا نسبهما الماوردي الى ابن سريج في مسالة المقاسمة لا غير
وابداهما ابن الصباغ من عند نفسه احتمالا في الجميع فرع الوكيل بالشرا اذا اسلم الثمن وخرج
المبيع مستحقا فهل له مطالبة البائع بالثمن فيه وجهان حكاهما الماوردي عن ابي القسم
... والمذكور منهما في المرشد المنع قال الماوردي والصحيح عندي غيرهما وهو ان ...
استحق من يد الوكيل قبل وصوله الى يد الموكل فللوكيل المطالبة وان استحقه من يد الموكل فلا
اذ الوكالة قد انتهت فرع اذا وكله في قبض دين فقبضه الموكل بنفسه ولم يعلم به ثم
قبض الوكيل الدين سالما فهل يصح قبل التوكيل له او قبض الموكل قال في البحر والذي عندي
انه يجوز قبض الوكيل قال وعندي انه لا يجوز لان الرد بالعيب ... من العود الى الاصل
فلو اخذ الوكيل بعد ... منه فلا يصح قبضه قلت — هذا الفرع يظهر بناؤه على ان الدين
الناقص متى يملك هل بمجرد القبض ويقتضي الرد اولا يملك الا بالرضى بالعيب وفيه خلاف
حكاه العراقي وامامه في باب الاستبرا والثانيه فعلى الاول يخرج ما قاله صاحب البحر وعلى
الثاني يخرج ما قاله والده قال — وان وكله في كل قليل وكثير لم يكن له في كل ذلك من

الغرر

الغرر لانه لو صح لملك ان يعتق جميع عبيده ويطلق كل نسائه ويبيع جميع امواله ويشتري
له ما لا يقدر على اداء ثمنه واي غرر اعظم من ذلك نعم لو قال وكلتك في عتق عبيدي وطلاق
زوجاتي وبيع جميع اموالي وقبض ديوني صح وصحح صاحب التهذيب جواز التوكيل في بيع المال
وقبض الديون اذا كانت معلومة ومفهوم ذلك ان المال اذا لم يكن معلوما لا يصح وهو ما
صرح به القاضي حسين في مسالة بيع المال حيث قال ولو قال وكلتك ببيع مالي ولم يملك
المال لم يجز ولو قال له وكلتك في كل قليل وكثير مما الي من التصرفات لم يصح وحكى العراقي وامامه
وجهين والاصح الاول كما لو اطلق ولم يقل مما الي من التصرفات فان الانسان انما يوكل فيما
يتعلق به سواء نص على الاضافة الى نفسه او لم ينص ولهذا لو وكله في شرا ... الى ان يقول
لو وكله حكى الماوردي في كتاب الوديعة وجهين في صحة الوكالة العامة في كل شي ولعل محلهما
ما حكاه الامام ولو قال وكلتك في بيع ما تراه من مالي او من عبيدي لم يصح كما صرح به الماوردي
وفي رواية العمراني انه لا يصح في الاولى ويصح في الثانية وفي النهاية حكاية وجه يدل على الصحة في
الثانية ايضا وهو اذا قال رجل لاخر بع من عبيدي من شئت فليس للوكيل ان يبيع جميعهم
فلو باع الجميع الا واحدا نفذ اتفق الاصحاب عليه وان كان التبعيض في الطرفين العقوق
مما يورد على التصرف فيما دونه وفي المهذب والتهذيب انه لو قال بع ما شئت من مالي او اقبض
ما شئت من ديوني انه يصح فرع الوكالة بالتصرف فيما يحتاج قدره مثل ان يكون بين
شخصين مال وكل منهما يحتاج حصته منه فوكل احدهما صاحبه في بيع حصته او وكلا
وكيلا في بيع الجميع هل يصح فيه وجهان يعرف منه حكاهما في باب الشركة والاظهر منهما
الصحة قال — وان وكله في شرا عبد ولم يذكر نوعه لم يصح التوكيل لان فيه غررا
فان العبيد تختلف اثمانها ثم ربما يشتري له عبدا لا يملك الوفا بثمنه ولا فرق في ذلك
بين ان يقول الموكل اشتر لي عبدا شئت او لا وفي الحاوي حكاية وجه انه يصح فاذا اشترى
اي عبد كان بثمن مثله او اقل صح الشرا وقد نسب الامام هذا الوجه الى رواية صاحب
التقريب وحكى عن الشيخ ابي محمد انه قال اشتر لي عبدا كما تشا انه يظهر ... فانه
تصريح بالتفويض التام ثم قال وهو متجه في البسيط وهو انصرف لم يرد ... قلت —
وقد حكى ... عن القاضي ابي حامد فيما اذا قال له زوجني اي امراة شئت من غير ان يعين
واحدة انه يصح وفي هذه الصورة ايضا وجه انه لا يجوز حتى يصفها بما ينضبط به قال في

المسائل وهو اختيار الزبيري ولذلك قال في البحر وعلله بان الاغراض تختلف من الناس من يرغب

في الجمال ومنهم من يرغب في نمو المال ومنهم من يرغب في العشرة او في النسب قال

وان ذكر النوع ولم يقدر الثمن اي مثل ان قال اشتر لي عبدا تركيا او حبشيا او زنجيا لم يصح التوكيل

لان اثمان النوع تختلف فالغرر فيها ثابت وهذا ما قاله القاضي حسين انه الظاهر ما لم يذكر

جميع اوصاف العبد الذي يختلف الثمن باختلافها مثل ان يقول فاشتر قدا وسنة كذا

وقيل يصح وهو اختيار ابن سريج كما حكاه المحاملي والشاشي وصححه الرافعي لان مع ذكر النوع

قال وان ذكر النوع وقدر الثمن ولم يصف العبد اي بما يميزه

عن غيره من الاصناف الشبه كما صرح به الماوردي والامام قال فالاشبه انه لا يصح

لاختلاف الاغراض باختلاف الصفات مع التساوي في القيمة وذلك غرر قال وقيل

يصح لان ذلك القدر لا يخفى معاملة في العادة واصحاب الوكالة مبنية على المسامحة والمصنف

فيها تبع جماعة في موضع هذا ما جزم به القاضي ابو الطيب وغيره وادعى الشاشي نفي خلافه

وقد قال بعض الشارحين انه لم ير الاول في الكتب المشهورة ولذلك اقول وطريق الجواب

عنه ان المراد ان اجراء اقسام لا الفقه ولعرب منه ما حكاه الماوردي فيما اذا قال اشتر لي عبدا بمائة

ولم يصفه بما يميز من العبيد من ان ذكر الثمن هل يقوم مقام الصفة ام لا وفيه وجهان

واعلم ان ما ذكره من اعتبار النوع وغيره مفروض فيما اذا لم يكن القصد بالشراء التجارة اما اذا

كان القصد التجارة فلا يشترط ذلك بل يجوز ان يقول وكلتك في ان تشتري بهذا

الالف ما شئت من العروض او ما علمت فيه حظا من الاموال صرح به الماوردي والمتولي

قياسا على القراض قال وما يتلف في يد الوكيل من غير تفريط لا يلزمه ضمانه

لانه نائب عنه في اليد والتصرف فكانت يده كيده ومفهوم هذا ان ما يتلف بتفريط

يلزمه ضمانه وهل يجعل امساكه للمال لعذر مع قدرته على البيع تفريطا حتى يضمن عند التلف

فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين قال والقول في الهلاك وما يدعي عليه من

الخيانة قوله اما في الهلاك فلتعذر اقامة البينة عليه ولا فرق بين ان يدعيه بسبب

ظاهر او خفي كما سنذكره في الوديعة واما في دعوى الخيانة فلان الاصل عدمها قال

وان كان متطوعا فالقول في الرد قوله لانه قبض العين لحظ المالك فكان القول قوله في الرد

كالمودع قال وان كان بجعل فقد قيل القول قوله لانه مؤتمن من جهته لا يضمن العين عند

التلف فكان القول قوله في الرد على من ائتمنه كالمودع وهذا قول الجمهور وهو الاظهر في

الحاوي قال وقيل القول قول الموكل لانه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله

في الرد كالمرتهن والمستاجر وهذا قول ابي علي الطبري وقد اجرى هذا الخلاف بعينه في

عامل القراض والاجير المشترك اذا لم نضمنه وقد قدمت في باب الرهن الفرق بين المرتهن

والمستاجر والوكيل بالجعل ومن في معناه ... للجعل بضم الجيم ما يجعل للعامل عوضا

وتعرف لك من الوكيل بالجعل وغيره في دعوى الرد تعرف ان ما ذكرته من الاحكام فيه

غير الرد لا فرق فيها بين ان يكون بجعل او بغيره وقد حكي عن ابي علي الطبري ان الوكيل بالجعل

حكمه حكم الاجير المشترك حتى يجري في ضمانه قولان وهو ما حكاه الماوردي في باب الاجارة

الا ان فيما يقصد لمنفعة دون الثمن وفيما يقصد للمشتري به دون المبيع واذا جعل الجعل في

مقابلة البيع او الشراء كان جعله في مقابلتهما فالذي يظهر من كلامه في موضع اخر ان حكمهما

في الضمان سواء فرع لو مات الوكيل فادعى وارثه الرد على الموكل مطرقا فالاصح

ان الرد صدر منه لم يقبل كانه لم يأتمنه وكذا حكم الوكيل اذا ادعى الرد على ورثة موكله

والمقارض اذا ادعى الرد على ورثة رب المال وكل من لم يأتمنه المدعى عليه وان كان مؤتمنا

شرعا كما حكاه العراقيون وفي كلام الامام اشارة الى خلاف فيه فانه قال بعد ذكر ذلك

على الصحيح وقد نبه شيء الى ان الوجه الصائر الى قبول قول الوصي في الرد على الصبي بعد البلوغ

الذي حكاه هنا وقد صرح به القاضي الحسين احتمالا واجراه فيما اذا ادعى رد العين الموصى بخدمته

بعد انتهاء مدة الخدمة على الورثة حتى يقبل قوله على وجه وان ادعى ان موزنه هو الراد فقال

المتولي في الوديعة لا يقبل قوله وقال البغوي يقبل واجريا ذلك في دعواه التلف من

غير تفريط والذي رجحه الامام قبول قوله في دعوى التلف ولهذا بعينه يجيء هنا فرع

من يقبل قوله في الرد هل له ان يمتنع منه بعذر الاشهاد فيه كلام او جه حكاها الماوردي

احدها انه ليس له والثاني وهو ما نسبه القاضي ابو الطيب الى ابن ابي هريرة ان له ذلك

والثالث انه ان قبض المال بالاشهاد كان له الامتناع لاجله والا فلا واما من لا يقبل قوله

في الرد الا ببينة كالمستعير والمودع والمستاجر والمرتهن فهل له الامتناع بعذر الاشهاد

وقال العراقيون ان كان عليه بينة به فنعم والا فليس له على الاصح وبه جزم بعضهم كالمحاملي

وغيره وحكى الماوردي وجها انه لا اثر له فيه وعلى هذا الترتيب جرى القاضي الحسين وقال

ابن الصباغ لا باس بوجهين اي هريره عندي في المسايل كلها اذا كان الاشهاد ممكنا الا بولي

الى تاخر الحق فاما اذا ادى الى تاخر الدفع كان على التفصيل وهذا ابداه المتولى وحكاه

وان اختلفا فقال اذنت لك في بيع حال اي وقد بعت موجلا وقال الوكيل بل في بيع موجل او قال اي

الموكل في الشرا بعشرة وقال الوكيل بل بعشرين فالقول قول الموكل اي مع يمينه لانهما

لو اختلفا في اصل الموكيل كان القول قوله فكذلك اذا اختلفا في صفته اصله الزوجان

اذا اختلفا في الطلاق وصفته فان القول قول الزوج ويخالف ما اذا دفع الى خياط ثوبا فقطعه

ثم اختلفا كما سنذكره حيث لا يجعل القول قول الاذن على قول وان كان اختلافا في صفة الاذن لان

لان صاحب الثوب يريد بيمينه على الخياط تغريمه والاصل برآته منها فتعارض بسبب ذلك

اصلان فلذلك جرى الخلاف وهنا الموكل لا يريد بيمينه على الوكيل تغريمه لنفسه فسلم له

اصله عن المعارضة وما تغريمه الوكيل من الثمن ظاهرا يرجع به من بين العين او العين كما سنذكره

فرع المشترى في المسئلة الاولى اذا صدق الوكيل بطل العقد ولا يخفى حكمه وان ادعى ان

البائع باع عن نفسه فالقول قوله مع يمينه ان لم تكن بينة فان الظاهر ان ما بيده الانسان ملكه

فاذا حلف اقرت العين بيده وان نكل حلف الموكل فان نكل هو ثم الوحلف المشترى ولا يمنعه هذا

القول من حلفه انه ما اذن الوكيل في البيع نسيه فيحلف ويرجع على الوكيل بدل المبيع فان غرم

الوكيل لا يطالب المشترى حتى يحل الاجل فاذا حل الاجل فان صدق الوكيل الموكل لم يرجع على

المشترى الا باقل الامرين من الثمن والقيمة وان لم يرجع واصر على قوله الاول يطالبه بالثمن

بتمامه فان كان قدر ما غرمه او اقل منه وان كان اكثر فالزيادة يقر للموكل بزعمه وهو ينكرها

فيسقطها او يلزمه دفعها الى القاضي فيه خلاف قلت وفي تسلط الوكيل على قبض الزايد على ما غرمه

نظر لان تسليطه على قبض قدر ما غرمه انما كان لاجل الظفر وجزم به لما سنذكره من ان

من هو مسبوب لذلك لا يد عنه ولا يقال انه يسلط عليه بطريق الوكالة فان الموكل ان كان صادقا

فلا عقد يستحق الوكيل بسببه المطالبة وان كان كاذبا فانكار الموكل التوكيل بالبيع بيع عزل له

المطالبة ظاهرا في اجازة الوكالة صريحا وانما يجعله في نفس الامر على اي ما سنذكره في فرع

على ان الاصحاب قد نحوا في جواز اخذ الوكيل قدر ما غرم الخلاف المذكور في مسئلة الظفر

بعد جنس الحق وقد جزم المحاملي والسنجي وابن الصباغ والماوردي فيما اذا صدق المشترى الوكيل

في صحة التوكيل ورجع البائع على الوكيل ابتداء عند تلف العين ان الوكيل لا يطالب المشترى عند

المحلول الا باقل الامرين من الثمن والقيمة لان القيمة ان كانت اقل لم يغرم الا هي وما زاد لا يدعيه

الموكل وان كان الثمن اقل لم يرجع عليه الا به لانه يقول هذا هو الواجب وما زاد ظلمني

به الوكيل فلا يستحق الرجوع به عليه وهذا بعينه موجود في مسئلتنا فيجب ان يكون الحكم

فيها كذلك وهو مفتقر لما ابديته من النظر فرع اذا حلف الموكل في المسئلة السابقة على ما

ادعاه فلم يكن البيع سطرا ان وقع العقد على العين وقد صرح الوكيل بالسفارة وان المال للموكل

حكمنا ببطلان العقد ظاهرا على الجديد والصحيح من القديم وقد خرج ابن ابي هريرة وجها من القديم انه

يصح موقوفا على اجازة الموكل فان اجاز كان كما لو صدق الوكيل وان رد كان كما في الجديد فان لم

يذكر الوكيل ذلك في العقد لكن ذكره بعد لزومه فان صدقه البائع على ذلك او قامت بينة على ملك

الموكل عين الثمن بطل ايضا وان لم يصدقه البائع ولا بينة فالبيع نافذ في الظاهر على الوكيل والثمن

مسلم للبائع بعد يمينه على نفي العلم بالوكالة ويغرم الوكيل ماله للموكل قلت وكان يتجه ان يجي

في تغريمه البدل قولا الغرم بسبب الحيلولة وان اشترى في الذمة نظر ان صرح بالسفارة وصدقه

البائع الوكيل انه اشترى للموكل بطل العقد ايضا صرح به الماوردي والرافعي وان لم يصدقه بطلان

العقد او تعلقه بالوكيل ظاهرا فوجهان اظهرهما وبه قال ابو اسحاق الثاني وقد بناهما الماوردي

على ان الوكيل والحالة هذه هل يكون ضامنا للثمن اولا كما صرح به عند الكلام في انكار الموكل اصل

الوكالة ثم قال المحاملي في مجموعه لا فرق في جريان الوجهين بين ان يصدقه البائع او يكذبه وان لم

يصرح بالسفارة ولكن نوى البائع في الشرا للموكل فالقول قوله مع يمينه على نفي العلم والشرا

ملزم للموكل ظاهرا وان صدقه فهل يبطل العقد ام يلزم الوكيل فيه وجهان ومستاق كما قال

الماوردي على الوجهين في ان الوكيل هل يصير مشتريا للموكل في الزام الثمن بالعقد والحالة هذه

ام لا ثم حيث حكم بصحة العقد بالنسبة الى الوكيل فالطريق تحصيل الملك له في الباطن

حرما ان يتلطف القاضي بالموكل ويقول له ان كنت اذنت له بالشرا بعشرين فقد بعتك اياه

بعشرين فان قال ذلك من غير صيغة التعليق وقبل الوكيل صار المبيع ملكا له باطنا ايضا ولا

يجعل الموكل بهذا القول مقرا بما ادعاه الوكيل قاله الرافعي وصاحب البحر وفي كلام

ابن الصباغ خلافه كما سنذكره ولو اتى بصيغة التعليق فقال ان كنت اذنت لك في الشرا بعشرين

فقد بعتك بعشرين ففي صحة العقد وجهان اصحهما وبه قال جمهور العراقيين الصحة

لانه تعليق وضع العقد بمقتضيه وجعل ابن الصباغ الاول شرطا لان الموكل اذا اطلق

موله بعتك يكون اقرار منه بالملك ومشتريا لنفسه فيما ادعاه فلا نومر به وان امتنع الموكل
من ذكر شي من ذلك وكان المبيع جارية مثلا فان كان الموكل كاذبا او صادقا ووقع الشرا
بعين المال لم يحل له وطيها لانها ملك للغير وفي الرافعي اشارة الى جريان وجه في حال الوطي
وبعين الملك اذا كان صادقا بناء على ان الملك ينتقل للوكيل ابتدا وان وقع الشرا بثمن في الذمة
والوكيل كاذب حل له الوطي ايضا وان كان صادقا فقد حكى الاصحاب فيما يصنع بها ثلاثة اوجه
احدها ويحكى عن الاصطخري ونسب ايضا الى قول الاماطي انه يحله القاضي حين يطلقه للوكيل
باطنا ايضا للامتناع لاجله اليه يحل له وطيها قال الرافعي وهذا بناء على ان الملك يثبت
للوكيل ثم ينتقل للموكل فانه اذا تعذر نقله منه بقي على ملكه والثاني ان الوكيل ان ترك
مخاصمة الموكل فهي له ظاهرا وباطنا وكلف ان يبيعه والا فلا يحله الرافعي والقاضي حسين
والثالث وهو قول ابي اسحاق وابن ابي هريرة وسائر الاصحاب قال المحاملي وحكاه
البندنيجي والقاضي الحسين عن الاصطخري ايضا لانه لا يملكها باطنا بل هي للموكل وللوكيل
الثمن عليه وقد ظفر بعين جنس حقه من ماله وفيه خلاف يأتي في موضعه والاصح هنا ان له
بيعها بنفسه لان القاضي لا يحبسه الى البيع ولان المطلوب ماله في غير هذه الصورة من المال
لنفسه ثم ان كان الثمن قدر حقه او اقل اخذه وان كان اكثر فلا حق له في الزيادة قال المحاملي
فيسلمها الى الموكل وقال الماوردي هل يجوز اقرارها في يده او يسترجعها الحاكم منه وجهان
واجريهما الرافعي فيما اذا قلنا لا ياخذها قلت ولي جواز بيع العقد البائع نظر
لعدم ذكره في الفرع قبله والوكيل اذا اراد ان يوجر الجارية ويصرف جره من الاجرة الى ما يفعل
ثم يردها على الموكل صرح به البندنيجي وقد حكى المتولي جواز بيع الوكيل بنفسه او بالحاكم
فيما اذا كان الوكيل كاذبا وقد اشتري بعين مال الموكل لان البائع حينئذ
اخذ مال الموكل لا عن استحقاق وقد غرم الوكيل للموكل فله ان يقول للبائع رد
مال الموكل او اغرمه وان كان بالعا لحقه قد تعذر ذلك بسبب اليمين فله اخذ حقه
من الجارية التي هي ماله قال وان اختلفا في البيع وقبض الثمن فادعاه الوكيل
ووافقه المشتري وانكر الموكل او قال الوكيل اشتريته بعشرين وهو يساوي بها
وقال الموكل بعشرة ففيه قولان هذا الكلام ينتظم مسالتين الاولى منهما تصور بوجهين
احدهما ان ينكر الموكل اصل البيع والثاني ان يعترف به ولكن ينكر قبض الثمن بعد دعوى

الوكيل قبضه وتلفه في يده فانه لو كان باقيا سلمه ولم يخرج الخلاف اشتره والقولان جاريان في
الجميع واجرا القولين في الاولى على اختلاف في تصويرها ان القول قول الوكيل غير مقبول لانه اقرار
في حق الموكل بما يبطل عليه ملكه ويسقط حقه فلم يقبل كالواقف عليه بنقض الحق مع ان الاصل
فيما ادعاه العدم ويخالف ما اذا ادعى الوكيل الرد او التلف فانه يقبل لدفع الضمان عن نفسه
لا لالزام الموكل شيا وهذا ما نص عليه الشافعي في الصداق والنكاح والرهن واختار ابن
الحداد في مسألة دعوى البيع ولم يذكر ابن الحداد غيره وكلام الاكثرين يدل على ترجيحه والقول
الثاني ان قول الوكيل مقبول لانه اقامه مقام نفسه فقبل قوله عليه فيما فوض اليه كقبول
قوله على نفسه وهذا ما نص عليه في الرهن الكبير والاوسط وعبد البندنيجي والمحاملي والروياني صححه
القاضي ابو الطيب والى هذا ابو علي والروياني في الحلية في دعوى البيع وفي البحر ايضا واختار
المزني في دعوى القبض لا فرق في جريانها بين ان يصدر الوكيل الدعوى بالبيع كما صور
وبين ان يقول الموكل اولا بعت فيقول الموكل قد بعت وحكى الامام عن القاضي حسين
في باب الرهن عند اختلاف الراهن والمرتهن في وطي الجارية في الحالة الاولى ان القول قول
الوكيل وحكى الخلاف في الحالة الثانية وانه وجه علم القبول بما يحكم من ان ما قاله
الموكل عزل له قبل اقرار الوكيل قال الامام ثم هذا كلام عري عن التحصيل وحكى
المتولي طريقه في دعوى القبض وهي ان الاختلاف ان وقع قبل تسليم المبيع الى المشتري
فالقول قول الموكل فالوكيل في قبض دين فادعى قبضه وان كان بعد التسليم فقولان
اصحهما في الرافعي وبه جزم الامام واختاره ابن الحداد ان القول قول الوكيل لان دعوى
الموكل عدم القبض يتضمن تعدي الوكيل بالتسليم فلذلك كان القول قوله وهذه
الطريقة حكاها الرافعي الجمهور ثم هذا التفصيل فيما اذا اذن في البيع مطلقا وحالا
وجوزنا للوكيل قبض الثمن اما اذا اذن في التسليم قبل القبض او في البيع بثمن مؤجل
وفي القبض بعد الاجل فلا خلاف في هذه الحالة بعد التسليم فالاختلاف فيه لانه لا يلتفت
ضامنا بالتسليم فاذا صدقنا الوكيل فحلف هل يبرا به المشتري من الثمن فيه وجهان
اصحهما عند البغوي لا وعند الامام والقاضي الحسين نعم وهو ما حكاه البندنيجي عن ابن
سريج تفريعا على هذا القول في باب الرهن عند الكلام في بيع العدل ثم القولان في الاصل
يجريان فيما اذا وكله في الهبة والاقباض وكذلك في النكاح والطلاق او العتاق او الابرا

والاصح

الوكيل

او اقباض مال مع تصديق المطلقة والمنكوحة والقابض والمقبض وانكر الموكل وجعل ابن
سريج معهما وجهين احدهما ان ما يستقل الوكيل بالانشاء به كالطلاق والعتاق ونحوه
يقبل قوله فيه لقدرته عليه في الحال وما كان بخلافه فلا يقبل والثاني وهو اختياره ان ما
كان الاقرار به كانشائه قبل قوله فيه كما قاله الماوردي وقد فسر الامام والغزالي ما
يكون الاقرار به كالانشاء بالطلاق والعتاق لانه اذا قال لعله طلقت التي امرتني بتطليقها
او اعتقت الذي امرتني باعتاقه فيقبل قوله لان لفظه محتمل للفظ الانشاء وهذا التفسير
يرد الوجهين الى وجه واحد ولذلك الامام وغيره على حكايته والماوردي وهذان الوجهان
انما هما في القول نفسه وهذا اذا كان الوكيل عند الاختلاف باقيا على الوكالة فاما مع عزله
فلا لما يقتضيه تعليلهما وهذا منه يدل على ان القولين يجريان مع بقاء الوكالة ومع العزل
وقد حكى الرافعي ان قول الوكيل بعد العزل لا يقبل وجها واحدا فان محل الخلاف
قبل العزل وعليه يدل كلام معظم الائمة حيث عللوا وجه القبول بانه يملك الانشاء
فملك الاقرار كالاب يقر بتزويج البكر وفي كلام الامام في باب الرجعة شيء يعترض على ذلك فانه
قال اذا قال الزوج راجعتك امس وقالت المرأة ما راجعتني اصلا والعدة باقية
قال صاحب التقريب المذهب ان القول قول الزوج وحكى وجها غريبا ان القول قول
المرأة وان قال الزوج كنت ما قال فلست الا الارتجاع قال ويلزم على قياس ما قال
اذا وكل رجلا ببيع شيء من ماله فقال الوكيل قد بعت وانكر الموكل بيعه ولم يعزله
عن الوكالة فالقول قول الوكيل فان طرد الخلاف في الوكيل كان هاجما على خرق الاجماع
وان سلم عسر الفرق واحد القولين في المسئلة الثانية ان القول قول الوكيل لانه وكله
مقبول في اصل العقد فكذا في صفته وهذا ما جزم به الماوردي والروياني والقول
الثاني ان القول قول الموكل لان الوكيل يريد ان يلزم ذمة الموكل شيئا الاصل
فراغها منه او يريد ان يلحق شيئا كما اذا كانت الدعوى انه اشترى بالعين والاصل
عدم علمه وهذا ما اختاره الشيخ ابو حامد وجزم به المحاملي وقال البندنيجي انه
المشهور في نسخه فرع اذا قلنا قول الوكيل في قبض الثمن وان المشتري بريء منه
فخرج المبيع مستحقا فرجع المشتري على الوكيل لم يكن له الرجوع على الموكل وكذا
لو تحالفا وانفسخ العقد وحكى الروياني في اخر كتاب الشركة من البحر ان بعض اصحابنا

قال له

قال له الرجوع لانه يثبت بيمينه قبضه وتلفه والرجوع يثبت له بسبب اخر وهو انه نائب عنه
في البيع وهذا كما تقول لا يثبت النسب بشهادة النساء ولكن اذا شهدن بالولادة
في الفراش يثبت النسب في ضمنه اذا شرط للوكيل جعل على البيع ووقع الاختلاف
في البيع فيثبت استحقاق الجعل وانكر الموكل قال الماوردي القول قول الموكل مع يمينه ولا جعل
للوكيل الا ببينة يقيمها على البيع سواء قبلنا قوله في البيع ام لا لانه مدعي عقدا يستحق به
جعلا فلم يقبل قوله في دعواه ونحوه من الطلب بصور مسلما الحكاية بهذه الصورة وهذا
قمع المتصور بها قال وان وكله في قضاء دين فقضاه في غيبة الموكل ولم يشهد
وانكر الغريم ضمن اي سواء صدقه الموكل في ذلك او كذبه لانه وكله بدفع مبرئ من المطالبة
ولا يبرئ الدفع مع الجحود الا بالاشهاد فكان مفرطا بتركه فضمن كما يضمن الخائن وهكذا
جزم به في المهذب ومعظم الائمة ولرب الدين مطالبة الموكل بدينه دون الوكيل
اتفق عليه الاصحاب قال وقيل لا يضمن لان الذي دل عليه اللفظ القضاء
غير فلا يجعل مفرطا بترك غيره قال وليس بشيء لان العرف اذا دل على شيء
كان بمنزلة المصرح به في اللفظ والعرف دل على اعتبار الاشهاد فكان تركه تقصيرا
وهذا الوجه حكاه في حال تصديق الموكل الغزالي والرافعي عن ابي الطيب بن سلمة
وهو مستمد لوجه حكاه الرافعي عن ابن ابي هريرة فيما اذا ادى الضامن الدين
بغير اشهاد وانكر المضمون له القبض ولم يكن المضمون عنه حاضرا انه صدق الضامن
انه يرجع عليه ولم يجعله بترك الاشهاد مقصرا ووجه لان الضمان اذا كان باذنه
كان موكلا في الاداء متضمنا للاقراض وفي حال التكذيب ابن سريج كما اقتضاه
كلام المحاملي حيث قال بعد حكايته عن عامة الاصحاب ان الوكيل يضمن اذا قضى الدين
بغير اشهاد في غيبة الموكل صدقه الموكل او كذبه الا ان ابن سريج خرج فيها وجها اخر فيها
ان قول الوكيل مقبول على موكله وقد حكى ابن الصباغ عن ابي حنيفة ان الموكل اذا
صدق الوكيل فلا ضمان على الوكيل واذا كذبه فالقول قوله ثم قال وحكى ابو العباس وجها مثل
ذلك كما نقبل قوله على موكله بالبيع والقبض على احد القولين وحكى الامام وجها في قبول قول
الوكيل فيما اذا ادعى الدفع الى رسول الموكل وكذبه الموكل في الدفع ان كان له سقط
الضمان فتلخص من ذلك ان الوكيل يضمن على وجه سواء صدقه الموكل في ذا

او لا وقد نص الماوردي في كتاب الوديعة محل الخلاف في ضمان الوكيل عند تصديق
الموكل فيما اذا لم يكن الدين بحضرته اما اذا كان بحضرته فانه يضمن وجها واحدا اذا كان قبل
من حضر عن الماوردي انه حكى ان القولين المذكورين عن الشافعي فيما اذا قال الوكيل دفعته
وانكر الموكل يجريان عنده ايضا فيما اذا وكله في قبض المال وحينئذ ان جماعة رجحوا من
القولين قبول قول الوكيل وجعلوا هاهنا قبول قول الوكيل في الاداء وجها لبعض الاصحاب
او مخرجا لابن سريج وانه خطأ فيه وذلك ناقض قال ـــ محل القولين حكاه الماوردي
فيما اذا صدق القابض الوكيل ولدى الموكل وهنا محل خلاف ابن سريج وعلى مع الجمهور
بالعكس من تلك المسألة فلم تجتمع الاثبات على محل واحد فلا تناقض بعد اطلق القاضي ابو
الطيب وابن الصباغ القول فيما اذا صدق الغريم الوكيل في القبض انه لا يضمن وهذا
الاطلاق لا اعتراض عليه اذا كان الموكل مصدقا ايضا اما اذا كان مكذبه فقد قال [illegible]
و السمناني انه لا فائدة لهذا الاعتراف لان العين اي التي وقع الدين ان كانت باقية
سقط الدين باعترافه من قوله عليه براءة ذمته منه وان كانت تالفة فهو بالخيار بين
ان ياخذها ونقص الرهن بها او من غيرها وما قاله فيه نظر لانا ان جعلنا القول قول
الوكيل في الاقباض على قول كما حكيناه عن رواية الماوردي استقام ما قاله في حالة
التلف دون حالة البقاء وان جعلنا القول قول الموكل استقام ما قاله في حالة
البقاء دون حالة التلف فانه ينبغي ان يجري فيها التعارض بين الوكيل والغريم فان لم
يرد اتجه تغريم الوكيل على المذهب قال ـــ وان اشهد شاهدين ظاهرهما العدالة
ثم بانا فاسقين او شاهدا واحدا فقد قيل يضمن لتقصيره حيث لم يبحث عن حال
الشهود او اقامة بينة مختلف فيها وهذا ما اختاره في المرشد في المسألة الثانية
قال ـــ وقيل لا يضمن لان طلب الاستزكاء ومعرفة باطن احوال الشهود من منصب
الحاكم فلا ينسب في تركه الى تقصير والشاهد الواحد مع اليمين حجة في الاموال
كالشاهدين وهذا هو الاصح في الحلي في المسالتين وهو ما حكينا مثله في كتاب
الضمان فلا يخفى ان هذا الخلاف مفرع على المذهب في ان الاداء من غير اشهاد
مضمن وان محله اذا لم يحصل المقصود من اشهاده اما اذا حصل بان رفعت القضية
الى حاكم يرى الشاهد واليمين او كان الشاهدان عند الاداء ممن عدلتهما فيها

فاذا

فاذا انه لا ضمان على الوكيل وقد نبهت على شيء من ذلك في باب الضمان والحكم في انكار
الموكل الاشهاد ودعوى الوكيل موت الشهود او غيبتهم كما ذكرنا في الضمان
صرح به الرافعي ويتجه ان يكون الخلاف ههنا مرتبا على الخلاف ثم واولى بقبول
قول الوكيل ووجه الفرق ان للاصل عدم تعدي الوكيل والاصل براءة ذمة
المضمون عنه من دين الضمان وقد ادعى القاضي الحسين في كتاب الوديعة ولذلك
صاحب التوضيح عن القفال ان اكثر اصحابنا على ان القول قول الوكيل لما
اشترطه واستشهد له بما قاله ابن الحداد فيما اذا ادعى الوكيل قبض الثمن بعد تسليم
المبيع ان القول قوله لانه يدعي عدم الضمان قال ـــ وان قضاه بحضرة
الموكل ولم يشهد فقد قيل يضمن لانه ترك الاشهاد في حال الغيبة فوجب الضمان
فكذلك في حال حضوره وسكوته كالحالة على ماله وهذا ما نسبه القاضي الحسين
الى ابن سريج وابن اسحق واختاره في المرشد قال ـــ وقيل لا يضمن لان
تقصير الوكيل في حال الغيبة كان لترك الاحتياط واذا كان حاضرا فهو التارك
للاحتياط لنفسه فاذا فرط فيه لا يجب على غيره الضمان وهذا قول المزني وابي
اسحق وسائر اصحابنا كما حكاه المحاملي وهو الاصح في الرافعي وجزم القاضي ابو الطيب
وابن الصباغ والمتولي وهو نظير المنصوص وظاهر المذهب فيما اذا ضمن وادى بحضرة
المضمون عنه ولم يشهد وانكر المضمون له ان له الرجوع وعلى الصحيح لو قال الموكل
اديت في حال الغيبة وقال الوكيل بل بحضورك فالقول قول الموكل جزم به الرافعي
وقال ابن الصباغ عندي ان القول قول الوكيل مع يمينه كما اذا ادعى الرد اليه وانكر
ولا يشبه هذا اذا امره بان يبيع او يقبض فانكر الموكل فانه لا يقبل قوله في احد القولين
لانه يثبت حقا على موكله لغيره وههنا يسقط عن نفسه الضمان فيما ذكره فكان
القول قوله مع يمينه وهذا ما حكاه الروياني عن بعض اصحابنا واورد المتولي
واعلم ان النواوي قال ان الذي ضبطه عن نسخة المصنف قضاه بحضرة
من الموكل بفتح الميم وان الذي ذكرناه هو الواقع في اكثر النسخ ويقال بفتح
وضمها وكسرها ثلاث لغات مشهورة وكلها صحيح قال ـــ وان وكله
في الايداع فاودع ولم يشهد لم يضمن لان فائدة الاشهاد الاثبات عند الجحود

والمودع متمكن من إسقاط الطلب عنه بصيغة دعوى الرد والتلف وذلك يسقط فائدة
الإشهاد عليه وإذا لم يكن فيه فائدة لم يكن تركه مفرطا وأيضا فإن العرف جار بإخفاء
الودائع وهو المحكم في الألفاظ المطلقة وفي الإشهاد عليها إظهار لها وهذا هو
الأصح والمختار في المرشد قال وقيل يضمن لأن الموكل منه الإيداع وهو لا يثبت
إلا ببينة وفائدتها ظاهرة بعد الجحد فإنه لا يقبل قوله إذ ذاك في الرد والتلف فأشبه
الوكيل بقضاء الدين وهذا قول أبي إسحاق وحكى الإمام وجها ثالثا وهو أن الإشهاد
إن تيسر عند الأداء فلم يفعل ضمن لتقصيره وإن فرض ذاك في مكان يعسر الإشهاد
منه فلا تقصير ومحل الخلاف كما حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ إذا أودع
في غيبة الموكل أما في حضوره فلا يضمن الوكيل وهذا منهما بنا على ما جزما به في مثل
هذه الصورة في قضاء الدين بحضرة الموكل ولم يشهد ومثله يجي هنا وقال الماوردي إن
محل الخلاف كما حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ إذا أودع في غيبة الموكل أما في
حضوره فلا يضمن الوكيل وهذا إذا كذب الموكل والمودع الوكيل أما إذا صدقه الموكل في
المودع فلا يضمن ولا يقبل قول الوكيل على المودع وهذا ما يوافق ما حكاه ابن الصباغ فإن
كذبه الموكل وصدقه المودع عنه وكانت العين باقية فلا ضمان على الوكيل لأن الإقرار
بالقبض أو من الإشهاد عليه فلا يرى بالإشهاد عليه فأولى أن هذا ماله الإقرار ورتب الإمام
ضمان الوكيل في هذه الصورة فقال إذا كذب الموكل والمودع الوكيل في دعواه الإقباض
فلا يقبل قوله على المودع وهل يقبل قوله على الموكل حتى لا يضمن له فيه وجهان ذكرهما
صاحب التقريب فإن قلنا لا يضمن في هذه الحالة فإذا صدقه الموكل وكذبه المودع أولى وإن
قلنا إنه يضمن عند كذبهما فهل يضمن عند تصديق الموكل وتكذيب المودع فيه وجهان
مشهوران بنا على أنه يعد بترك الإشهاد مقصرا أم لا وحكى صاحب الوسيط فيما
إذا صدق المودع الوكيل في دعواه الإقباض وأنكر الموكل أن القول قول الموكل
لم يختلف فيه أصحابنا وقال القاضي أبو الطيب والبندنيجي والمحاملي وعلى القول بضمان
الوكيل بترك الإشهاد يرجع الموكل على الوكيل فرع لو وكله في قبض دين أو
استرداد وديعة فقال المديون والمودع دفعت وصدقه الموكل فكذبهما
الوكيل فالقول قوله وهل يغرم الدافع لأجل ترك الإشهاد فيه وجهان في آخر

هذا

هذا الباب من الرافعي قال وإن كان عليه حق لرجل أي سواء كان دينا أو عينا أمانة
أو مضمونة فجاء رجل وادعى أنه وكيله في قبض الحق فصدقه جاز الدفع إليه لأنه محق بزعمه
قال ولا يجب لأنه دفع غير مبرئ في الظاهر إذا أنكر الموكل الوكالة فلم يلزمه
كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد ولأنه مقر في ملك غيره فلا يلزمه
إقراره كما لو أقر بموت رب الدين وأن هذا الحاضر وصيه على ولده في قبض دينه فإنه لا
يلزمه الدفع إليه وهذا ما علل به ابن أبي هريرة وذهب المزني إلى أنه يجب عليه الدفع
كما في مسألة الوارث الآتية قال الإمام وحكى شيخي عن بعض الأصحاب موافقة المزني
وفي تعليق القاضي الحسين ما يوافقه كما ستذكره وقال بعد أن الحكم في مسألة الوصية
كالحكم في الوكيل على أنه يمكن أن يفرق بينهما فعندي تسليم الحكم في مسألة الوصية
كما قاله ابن أبي هريرة وهو الذي يقتضيه كلام أبي الطيب مما أبداه أبو الطيب سؤالا
عن أبي حنيفة وهو أنه في إلزامه تسليم المال إلى الذي اعترف له بالوصية إسقاط
حق الحاكم إلى التصرف له في ذلك المال بخلاف مسألة الوكالة قلت ولو قيل بوجوب
الدفع إلى الوكيل عند التصديق أو المكن عليه بالحق بينة لم يبعد كما قلنا في أن من عليه حق
بغير بينة ليس له أن يمتنع من أدائه لمستحقه بعد الإشهاد فإنه قادر على دفع ما يطلب
منه بأن يحلف بأن لا حق له عليه فرع لو ادعى على شخص أنه وكيل في مخاصمة زيد
وصدقه فهل يسمع أي لم الخصومة قال في البحر عند الكلام في العزل مذهب الشافعي أن
الحاكم لا يقبل ذلك منهما ولا يسمع مخاصمتهما لما فيه من إثبات الحجة على صاحبها وقال ابن سريج
يقبل أي لم ذلك منهما ومخاصمتهما لأن إقرار الوكيل على الموكل غير مقبول فلم يكن به إضرار
به وإنما هو إقامة له على المطلوب وذلك يجوز مع حضور الموكل وغيبته وهو ما حكاه القاضي
الحسين في تعليقه وقال إن الوكيل إذا أنكر الوكالة للمدعي كلفه وقال في موضع آخر
بعد الوكالة ولكن يسمع من مخاصمته حتى إنه إذا وكله في الخصومة فالقياس يقتضي أن لا
يختص بالمجلس حتى يملك المخاصمة بعد التفرق في مجلس آخر غير أن القضاة اصطلحوا على
اختصاص الوكالة في الخصومة بذلك المجلس لما رأوا عادات الناس أنهم يتصرفون
بالمطالبة بالخصومة في مجلس العقد دون غيره أما لو ادعى شخص أنه وكيل فلان في مخاصمة
زيد وصدقه فمقتضى الاعتراف أن له المخاصمة ولذا له تحليفه إن أنكر قاله ابن القاص وطرده

فيما اذا ادعى انه وصي فلان وحكي عن غيره انه لا يحلفه على ذلك لانه لم يدع لنفسه شيئا
عليه وفي التتمة انه لا خلاف في جواز المخاصمة ولكن هل يثبت الحكم بها كالحكم فيما
لو ادعى انه وكيله في قبض الحق وصدقه وفي البحر في الفروع المذكورة قبل باب الشهادات
ان ابن ابي احمد قال اذا صدق المدعى عليه المدعي في الوكالة وانكر المدعى به واقام الوكيل
بينة بالدين المدعى لا تسمع البينة لان الوكالة لا تثبت باقراره الا ببينة تقوم عليه
فيلزمه تجديدها وقال شيخ الكتاب في مسألة الكتاب من باب الوكالة هل يسمع الحاكم
الخصومة فيه وجهان واعلم ان محل الخلاف في وجوب الدفع اذا لم يقم
الوكيل بينة بالوكالة اما اذا اقام بينة عليها ليس احدهما بولد المدعي ولا المدعى
فلا خلاف في وجوب الدفع واحتمال عزل الموكل في الغيبة ان قدرناه مدفوع لما
في ذلك من تعطيل الوكالة في الغيبة قال القاضي الحسين ولا يستقصى في امر
الشهود على ذلك بحسب ما يستقصى في الشهود على اصل المال ولا يحتاج في اقامة
البينة الى حضور الخصم خلافا للقاضي الحسين فانه قال لا بد من حضور الخصم
ويدعي عليه الوكيل ويقيم البينة في وجهه اذا كان الخصم غائبا لانه يقضي بالبينة مقتضيا
عليه وحكى الامام عنه في باب الاستماع من اليمين انه يحضر الخصم ويدعي عليه انه يستحق
مخاصمته بتوكيل فلان اياه لان الوكالة حق ادعي فيسمعها ان ربط الخصم عند حاله
الاثبات وفي البحر قبل باب الشهادات في ضمن فرع من الفروع ان ابن سريج قال ان
الاحتياط ذلك يعني ان قال ان عند السامع لا يحتاج الى ذلك فانه قال وليس للخصم في
الوكالة سبيل ولو كان الشاهدان ابني الموكل سمعت شهادتهما قال الماوردي
لانهما يشهدان على ابيهما وحكى المحاملي والبندنيجي عدم القبول لانهما يشهدان له
فانهما يثبتان له تصرفا على الموكل وحكى ابن الصباغ ذلك عن بعض
الاصحاب قال وفيه نظر لان هذه وكالة تثبت بشهادة القرابة عليه لا اقرار
قال وان قال انا وارثه اي لا وارث له غيري فصدقه وجب الدفع اليه
لانه اعترف له بملك الحق وان الدفع اليه مبرئ في الظاهر لعدم امكان ظهور
خلاف المدعى وهذا نصه وحكى القاضي الحسين وكذا الامام في كتاب الاقرار
ان من الاصحاب من خرج من مسألة الوكالة الى هنا قولا انه لا يلزمه الدفع وجعل

المسالتين

المسالتين على قولين ثم قال والصحيح ان المسألة على قولين فان المزني اشار الى قولين في
باب الاقرار وفي الرافعي ان هذا الطريق ينقل عن ابي اسحاق وابدى المتولي قولا بعدم
الوجوب في مسألة الوارث في باب الاقرار بان احد الوارثين اذا اقر بوارث وانكره
الآخر لا يثبت النسب ولا الارث فيشبه باقرار الاجنبي ثم فرق بان المقصود من اقرار الوارث
النسب فاذا لم يثبت لم يثبت فرعه والمقصود من اقرار الاجنبي المال دون النسب
ولذلك يثبت وان لم يثبت اصله كما لو اقر انه ضمن عن زيد مالا وانكر زيد المال فان
الضامن يؤاخذ به قال وان قال احالني عليك فصدقه فقد قيل يجب الدفع اليه
كالوارث فانه اعترف بانتقال الحق اليه وهذا هو الظاهر في تعليق القاضي الحسين والاصح
في التهذيب والرافعي وهذا هو الذي يقتضي كلام ابي الطيب في باب الحوالة الجزم به قال
وقيل لا يجب لان الدفع غير مبرئ في الظاهر لو انكر المحيل الحوالة فالحق بالوكالة وهذا
ما اجاب في المرشد الا ان يكون التصديق عن علم بالحوالة فانه يجب ومثل هذا الخلاف
يجري كما حكاه الرافعي فيما اذا اقر بان من له الحق اوصى به لزيد وقال في التهذيب انه لا
يلحق بمسألة الوارث حتى يلزمه الدفع على الاصح والذي يظهر ان ما قاله الرافعي اصح لان ايجاد
الورثة موقع ذا مكان المحيل قال وان جاء صاحب الحق وانكر اي وحلف وجب على الدافع
الضمان لان الاصل عدم التوكيل والحوالة ولصاحب الحق مطالبة القابض ايضا اذا كان الحق عينا
دون ما اذا كان دينا وعن ابي اسحاق المروزي ان له مطالبته ايضا اذا كان دينا في مسألة دعوى
الوكالة اذا كان المال المأخوذ باقيا في يده كذا دل عليه كلام ابن الصباغ وصرح به الرافعي وقال
هذا القول هو ما اجاب به الشيخ ابو حامد في التعليق وقال القاضي ابو الطيب الظاهر
ابي اسحاق وحكى القاضي الحسين هذا الوجه ولم ينسبه الى ابي اسحاق وفيه مطالبة الوكيل اما اذا
كان من عليه الدين معسرا ثم اذا اغرم صاحب الحق الوكيل لم يرجع على المقبوض منه وان غرم
المقبوض منه لم يرجع على الوكيل الا ان يكون ما قبضه منه في يده او تلف بتفريطه
فانه يرجع عليه من طريق الظفر صرح به ائمة العراق ولو دفع من عليه الحق الحق
الوكيل من غير ان يصدقه رجع عليه عند العدم صرح به الامام وغيره وكذا الحكم ان يرجع
على الوارث والموصى له والوصي اذا ظهر صاحب الحق بخلاف ما لو ظهر له وارث
آخر فانه لا يرجع على القابض كما صرح به المتولي في الاقرار وكذا لا رجوع له عليه

عنه اذا احال المحيل الحواله ولو كذب من عليه الحق مدعي الوكاله والارث والحواله والايصا
والوصيه فالقول قوله ولا يجب عليه الدفع وهل يجب عليه اليمين قال الاصحاب حيث قلنا يجب
الدفع اذا اقر توجهت اليمين عند الانكار وحيث لا يوجب الدفع عند الاقرار فلا تجب اليمين
عند الانكار وحكى القاضي الحسين والرافعي انها تجب اذا اقمنا اليمين مع النكول منزلة البينة
وفي السايل والبحران قياس مذهبنا انه لا تسمع من الوكيل الدعوى لان الوكيل بالخصومه
لا يدعي قبل ثبوت وكالته عندنا فرع ذكر صاحب البحر في اواخر كتاب الضمان
اذا قلنا تصح بلفظ الحواله على من عليه الدين لو مدا وارمار مع مرابط ان يعرف من له الحق
والموهوب له وان هذا باب المحيل وان وارثه اراد بعاشه الحواله ليس الا والمذهب الذي
القياس انه لا يلزمه ومن اصحابنا من قال يلزمه ولو لم يعترف بالحساب ولكنه احتاج الى دفع
المال ليصير مضمونا عليه الى ان يصح الحواله جاز لكن هذا له استثنى جاعد مما ظهور الحواله
فيه وجهان ولو كانت السفتجه بلفظ الامر والرساله لم يلزم المكتوب اليه الدفع ومن
اصحابنا من قال ان اعترف بالخط لزمه وهو غير صحيح قال وللوكيل ان
يعزل نفسه متى شا وللموكل ان يعزله متى شا لان الوكاله عقد ارفاق على الحضور في المستقبل
ليس من شرطه تعذر العمل ولا زمان فكان لكل من العاقدين فسخه كالعاريه والمعنى في ذلك
ان الموكل قد يبدو له في الامر الذي اناب فيه او في انابه ذلك الشخص ولا يسوغ له الوكيل
والالزام يضر بهما ويسد باب الاعانه من جهه الوكيل لا فرق بين ما ذكرناه بين ان يتعلق
للثالث بالوكاله حق كما في بيع المرهون اولا بين ان يكون الوكاله بصيغه الامر او لا ولا بين
ان يكون بجعل ام لا وحكى الرافعي عن بعض المتاخرين انه اذا كانت الوكاله بصيغه الامر لم ينعزل
واعمى ان الوكيل لا ينعزل برد الوكاله وعزله نفسه لان ذلك اذن واباحه فاشبه ما اذا اباح
الطعام لغيره فانه لا يرتد برد المباح له وان اورد لهذا على سبيل الاحتمال قلت وظاهر
كلامه يقتضي تسليم ما ادعاه في الاجاره وهو مقتضى قول الامام انه لا اثر لقوله رددت
الاجاره وكلام الشيخ في المهذب يقتضي خلاف ذلك فانه استدل لجواز عزل الوكيل نفسه
وعزل الموكل له بانه اذن في التصرف في ماله فجاز لكل منهما ابطاله كالاذن في اكل الطعام
وفي البحر المذهب حكايه وجه انه اذا دخل الوكاله العوض انها لازمه كالاجاره وهذا ابداه
الرافعي احتمالا بناء على ان الاعتبار بمعاني العقود دون الفاظها وصيغه العزل ان يقول
الوكيل

الوكيل عزلت نفسي من الوكاله او نقضتها وكذا لفظ الازاله والصرف واما العزل الضمني فخروج
ما تعلق به الوكيل عن الموكل بالبيع والابراء والعتق والطلاق والتحرير ونحو ذلك فرع
لو وكل زيدا ببيع سلعه سماها ثم قال وكلت عمرا ايما وكلت به زيدا لم يكن ذلك عزلا على
الاصح وكانا وكيلين له فيه معا وفي الحاوي في كتاب الوصيه ان بعض اصحابنا قال يكون
عزلا للاول قال وان عزله ولم يعلم الوكيل انعزل في احد القولين لانه رفع
عقد لا يعتبر فيه رضا احدهما فلا يعتبر فيه علمه كالطلاق ولانه لما لم يكن علمه معتبرا
في فسخ الوكاله بالشرع كالجنون ونحوه ولا بفسخها ضمنا كبيع الموكل فيه اتفاقا
ففي فسخها بصريح العزل اولى وهذا هو الصحيح قال دون الاخر لان الوكاله
مشتمل على شيين احدهما التصرف والثاني الامتثال ثم ثبت ان الامتثال باق
بعد الفسخ حتى يعلمه الوكيل فكذلك التصرف ولانه لو رد العزل قبل بلوغ الخبر
الدين يسقط المعزول تصرفه وحكى ابن الصباغ ان من اصحابنا من جعل هذا الخلاف
وجهين مبنيين على قولين نص عليهما الشافعي فيما اذا وكل في استيفا القصاص
فيجي به الوكيل فعفى الموكل ثم قتله الوكيل ان الوكيل هل يجب عليه الضمان ام لا وقد
اجرى هذا الخلاف ايضا في انعزال القاضي قبل بلوغ الخبر وبعضهم جزم بان من شرط
النسخ بلوغ الخبر وتمسك فيه بعدم امر النبي صلى الله عليه وسلم اهل قبا باعاده ما
صلوه الى بيت المقدس بعد نسخ القبله قال الشيخ ان قلنا بالاول فتصرف الوكيل
بعد العزل باطل لكن لا يتعلق بوكل الوكيل فيه الا ببينه او بتصديق من تعلق حقه بالتصرف
ولو سلم ما باعه بعد العزل فهل يصير ضامنا للسلعه حكى في البحر ان القاضي ابا الطيب
قال رايت المحصلين من اصحابنا لم يزيدوا على بطلان التصرف ولم يتعرضوا لذكر الضمان
ورايت بعض اصحابنا في الكلام مع المخالف سلم انه اذا سلمها للمشتري ضمن وان قلنا
بالثاني فلو بلغ الوكيل ممن يقبل روايته انعزل حينئذ دون ما اذا كان المبلغ صبيا
او فاسقا هذا ما حكاه الرافعي والظاهر ان يجري الكلام في ذلك كما في بلوغ الخبر في النسخ
او النسخ قال وان خرج الوكيل او الموكل عن ان يكون من اهل التصرف
بالموت او الجنون او الاغما انفسخت الوكاله لانه لا يملك التصرف بنفسه
فمن هو من جهته من طريق الاولى وحكى صاحب البحر انه تردد جوابه في

الايسال بالجنون الذي يطرأ ويزول عن قرب وضبط الامام موضع التردد بان لا يكون
استدامته بحيث يعطل المهمات ويحوج الى نصب القوام وفي البحر نسبة عدم الانعزال في هذه الحالة
الى ابن سريج وحكى الغزالي وجها مطلقا انه لا يقتضي العزل وقال القاضي الحسين عندي
في الاغماء اشكال لان المنصوص فيه انه يلزمه قضاء الصوم وقال في باب الحج انه لا
يقتضي العزل وحكاه عن وجها وهو الاظهر عند الامام ولذلك صححه في الوسيط لانه
اصح له بان المغمى عليه لا يلتحق بمن يولى عليه والمعتبر في الانعزال الحاق الوكيل او الموكل
بمن يولى عليه وهذا منه يدل على مراده اذا لم يطل مدته بحيث يولى عليه وقد صرح في البحر
بحكاية الخلاف في هذه الحالة عن رواية القاضي اي على الراجح وان مدته ان طالت انقطعت
العزل وان لم يمض ذلك فلا فرع اذا خرج احدهما عن ان يكون من اهل التصرف
بالردة على قول نظر فان كان الوكيل بطلت الوكالة فيما خرج عن ان يكون من اهل التصرف
فيه وان كان الوكيل فلا عند الجمهور وخلافا لما حكاه المتولي فان خرج بالفلس انعزل
وكيله فيما لا ينفذ تصرفه فيه لنفسه وان خرج بالسفه انعزل وهذا فيما لا يصح تصرفه فيه في
حال سفهه وكذلك هو يعزل في ذلك ثم حكم طريان الرق على الموكل والوكيل بالاسر فان حكم طريان
السفه وطريان السكر هل يقتضي العزل قال القاضي الحسين في باب الحجر ان قلنا ان طلاقه
يقع اقتضاه والا فلا وقال القصار ان قلنا ان طلاقه يقع فلا ينعزل وان قلنا لا يقع فهو كالاغما
وطريان العتق يقتضي العزل فيما العراقيون فيه شرط قال واي وكل عبده في بيع ثم اعتقه
احتمل ان ينعزل لانها من جهة السيد امر بدليل ان العبد يلزمه الامتثال واذا اتت ذلك
زالت بالعتق كسائر الاوامر واحتمل ان لا ينعزل كما لو وكل زوجته ثم طلقها وقد حكى الامام
والرافعي هذا الخلاف عن ابن سريج وانه مبني على انه توكيل محقق او استخدام او امر فان قلنا
بالاول بقي الاذن بحاله لا بتجارا الخ فيما ان وان قلنا بالثاني ارتفع الاذن لزوال الملك
وهذا ما اختاره في المرشد وقال في البحر انه اختيار ابن سريج وعلى هذا الاستراط قبوله
ولو قال العبد بعد العتق عزلت نفسي فهو لغو وقد حكى الامام عن العراقيين في
هذه المسألة ان امره على سبيل الالزام لدأب السادة في استخدام العبيد
فاذا اعتقه انقطع الامر وان نص على التوكيل وقرنه بالتخيير فالعقد وكيل في هذا
ولم اهله لكم ملكي فاذا عتق فلا ينعزل وان اطلق ففي المسألة وجهان فليستحسن هذا

ثم

ثم قال وصاحب التقريب اطلق الوجهين ولم يفصل ولا يبعد حمل الامر على عموم
الزمان ابتداء وقد اقام بعضهم هذا وجها فارقا بين كون الصيغة صيغة امر فيعزل
وبين ان يكون صيغة توكيل فلا ثم الخلاف يجري كما حكاه العراقيون فيما اذا امر ثم باعه
وحكاه الامام مرتبا على العتق واولى بان يجري لا وضعف العزل ثم قال اذا قلنا لا
يعزل فعليه استيذان السيد الثاني فيما يستغرقه الى اذنه في الابتدا فلو تصرف من
غير اذنه نفذ وابدا الامام فيه احتمالا او قد اجرى بعضهم الخلاف لو وجهين فيما اذا
وكل عن اجنبي باذن السيد ثم اعتق واسع ثم حكاه ابن الصباغ وغيره وبعضهم جزم بعدم الانعزال
وقال في البحر انه الاشبه وقال في الحاوي فيما اذا باعه ان الوكالة تبطل الا اذا اذن له السيد
الاخر فهل يفتقر الى تجديد وجهان اصحهما الثاني والهبة كالبيع والاعتاق في جريان الوجهين
فرع اذا وكله في بيع شيء ثم اجره قال في التتمة انعزل الوكيل وان قلنا يجوز بيع المستأجر
لانها علامة الندم لان من يريد بيع ملكه لا يؤجره فانه يقلل الرغبات في المبيع وكذا التزويج
الجارية وفي طحن الحنطة وجهان والعرض على البيع وتوكيل وكيل اخر لا يقتضي العزل
قال وان تعدى الوكيل اي فيما وكله فيه مثل ان يبيع ثوبا فيلبسه او استخدام
او ليس لحريق فيه مصلحة او جعله في غير حرزه قال العميد الوكالة اي فيما تعدى
فيه دون غيره لانها عقد امانة بطلت بالخيانة كالوديعة وهذا ما قال الامام انه المذهب
كما هو قال في العمدة لم يصح على هذا الا بطال التصرف الا بان تحديد وان احدث له استئمانا
ولا يجري هذا القول فيما اذا تعدى فيما وكل فيه كما صرح به في البحر وحكاه ان يجري وجه
حكاه الماوردي فيما اذا اوصى المودع بالوديعة لغير امين ولم يسلمها انه يضمن اذا تلفت
قبل لانه سلطه عليها بالاضاعة نظرا الى هذه العلة قال وقيل لا ينفسخ
لان الوكالة تضمنت الامانة والتصرف فاذا بطل احدهما لم يبطل الاخر كعقد الرهن
لما تضمن الامانة والوثيقة لم يبطل بالوثيقة بطلان الامانة بخلاف الوديعة
فانه لا شيء فيها غير الامانة وهذا هو الاصح في البحر وغيره فعلى هذا اذا باع معه
وما يقبضه من الثمن يكون امانة في يده وقد يزول هذا الضمان قال القاضي ابو الطيب
عندي انه بمجرد البيع لانه صار ملكا للمشتري وقال غيره من الاصحاب لا يبرأ الا
بالتسليم وهو الذي صححه المتولي هنا وقال في باب الغصب اذا وكل الغاصب في بيع

المغصوب صح ثم اذا ما عاد حكم تفريعه على الضمان فان انفسخ العقد فهل للمسلم مطالبة المسلم او
مقابله فان قلنا ان التلف يرفع العقد من اصله كان المسلم من ضمان الوكيل وان
قلنا من حينه فلا لان الضمان فرع الملك والملك متجدد فلا يجب الضمان الا
بسبب متجدد ولم يوجد لان المالك رضي بيده قلت وهذا البنا يقتضي ان يكون
الصحيح انه من اسفنس العقد كما صار اليه القاضي حسين ولو انفسخ العقد بسبب
العيب فالذي رآه ابن الصباغ انه يصير مضمونا على الوكيل بعد قبض المشتري لولا ان
المشتري يقبض لنفسه لا للموكل كجعلنا البراءة لاجل ذلك فلما انفسخ العقد انفسخ القبض
فعاد الضمان وهذا ما حكاه القاضي الحسين في تعليقه ونسب في البحر الى بعض الاصحاب
ثم قال والصحيح عندي انه لا يعود مضمونا عليه لان فسخ القبض من حينه لا
من اصله على اصلنا فلا يضمن بسبب حادث وهذا ما جزم به المتولي في كتاب الغصب
وان كان الرد بعيب القبض بناء على انه لا يرفع العقد من اصله على الصحيح وتمم الباب
بفروع يتعلق به شهادة الوكيل بما وكل فيه غير مسموعة في حال وكالته
وكذا بعد عزله ان نصب فيها مخاصما وان لم ينتصب مخاصما فوجهان اصحهما القبول
قال الامام وقياس المراوزة ان يقيس فيقال ان لم يخاصم فيقبل شهادته وان كان
قد خاصم وعزل فوجهان ورأى ان هذا فيما اذا جرت الشهادة على تواصل فاما اذا
طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع اجراء الخلاف فيه الوكيل بالخصومة
لا يملك الاقرار عن موكله لكنه اذا اقر بما الوكيل لم تكن المخاصمة لان ذلك
النسبة الى الموكل وانعزال الوكيل وحكى ابن كج وجها انه لا ينعزل والوكيل
بالمخاصمة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعي كما حكاه الامام
لانه كالاقرار في كونه قاطعا للخصومة وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار
وقال في الوسيط لا شك ان تعديله وحده لا ينزل منزلة اقرار الموكل
بعد الثمن لكن رد شهادته مطلقا بعيد لان التعديل غير مستفاد من الوكالة
اذا وكله في السلم في شيء فاسلم فيه الوكيل ولم يصرح بالسفارة ثم ابرأ
الوكيل المسلم اليه من ذلك نفذت البراءة ظاهرا واذا انكر المسلم اليه
ان المسلم وكيل فالقول قوله مع اليمين على نفي العلم وللموكل الرجوع على الوكيل

اذا

اذا او هنا الغرم بسبب الحيلولة كما هو الاظهر لكن يمكن ان الذي حكاه الامام
عن العراقيين وهو موجود في تهذيبهم انه راس المال لانه لو رجع لقيمة المسلم فيه
كان اعتياضا عنه وهذا منهم بنا على اعتقادهم ان اخذ البدل اعتياض كما حكيناه
عنهم في باب القرض واستحسنه الامام وكذلك جرى عليه الغزالي في الوسيط
وهو مناقض لما حكاه في باب السلم انه يجوز اخذ القيمة عند الحيلولة وقياس
ان ما جزم به هنا المثل كما قاله الرافعي اعتراه في تعليق ابي حامد وهو محمول
على ما اذا كان المسلم فيه مثليا اما المتقوم فعلى ما قاله العراقي هنا من ان اخذ
القيمة عن المسلم فيه اعتياض سؤال لانه جزم عقب المسئلة بما اذا باع عينا
بطريق الوكالة او ابرا عن الثمن بان الوكيل يضمن للموكل مثل الثمن لا قيمة المبيع
وكان قياس قوله في السلم ان لا يضمن الوكيل الا بدل المبيع لان هذا
نوع اعتياض عن الثمن والاعتياض عن الثمن من غير من هو عليه لا يجوز
على الصحيح عنده وعند بعضهم كما سبقت علته في اواخر القرض
لو وكل وكيلين على الاجتماع والافتراق ثم عزل احدهما ولم يعين
فوجهان في البحر احدهما ان كل منهما على جواز التصرف ما لم يعلم المعزول
والثاني ان كل منهما معزول عن التصرف لو وكل عشرة انفس على
الاجتماع ثم قال عزلت اكثرهم انعزل منهم ستة واذا عينهم هل لمن
بقي التصرف في ذلك الشيء فيه وجهان في البحر اذا جحد الوكيل الوكالة
هل يكون ذلك عزلا فيه لانه اوجه في الوسيط اصحها انها ان كان ذلك
لنسيان او غرض في اخفائها والا ان تعمد ولا غرض فهو رد من جهته قال الرافعي
ولم اعثر على هذه المسئلة في النهاية لكن اورد فرعا من هذه الاوجه في ان
انكار الوكيل التوكيل هل يكون عزلا قلت الذي حكاه الامام في
انكار الموكل وجهان اصحهما انه لا يكون عزلا واشهرهما انه يكون
عزلا والثالث انه ان تعمده كان عزلا وقال في كتاب الردة لو قال الموكل
بعد ثبوت الوكالة لوكيله لست وكيلي وجب القطع بخروجه عن كونه
وكيلا بعد ان حكى الوجهين في انكار الوكالة هل هو عزل ام لا ان

باب الوديعة

الوديعة اسم لعين يضعها مالكها
او من يقوم مقامه عند آخر ليحفظها له وهي مأخوذة من ودع الشيء يدع
اذا سكن واستقر فكأنها ساكنة مستقرة عند المودع وقيل من قولهم فلان في
دعة اي خفض من العيش لأن الوديعة في دعة عند المودع غير مبتذلة للانتفاع وبما
ذكرناه من القيود يخرج العين الملتقطة والثوب اذا طيرت الريح الى دار آخر ونحو ذلك ثم ان
جهة معاني لفظ الوديعة كما سنذكره ويقال اودعته وديعة اذا دفعتها اليه واودعته قبلت وديعته
حكاه الجوهري عن الكسائي قال الازهري والاول يعني على الثاني والمودع هو الدافع صاحب المال
والمودع من عنده المال والاصل فيها من قبل الاجماع من الكتاب قوله تعالى
فليؤد الذي اؤتمن امانته وقوله ومن اهل الكتاب من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك
الى آخرها ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب
واذا وعد اخلف واذا اؤتمن خان وقوله صلى الله عليه وسلم اد الامانة الى من ائتمنك
ولا تخن من خانك خرجه الترمذي عن ابي هريرة وقال انه حسن صحيح وما روي انه
صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما اراد الهجرة الى المدينة تركها عند ام
ايمن وخلف عليا لردها الى اهلها والمعنى ان بالناس حاجة الى التعاون بحفظ ما ليس
في حفظه حاجة لعوارض الزمان فلاجل ذلك شرعت ولا شك في استحباب قبولها
اذا كان الذي عرض عليه امينا قادرا على القيام بها لقوله صلى الله عليه وسلم والله في عون
العبد ما دام العبد في عون اخيه وقد تجب اذا لم يكن ثم من يصلح لها وخاف ان لم
يقبل ان تهلك كما صرح به في المهذب وغيره وهو محمول على اصل القبول دون
ان يتلف منفعة نفسه وحرزه من غير عوض كما نبه عليه ابو الفرج والرافعي في المرشد
لا يجوز له في هذه الحالة اخذ الاجرة على الحفظ لانه صار واجبا وانه يجوز له اخذ
اجرة مكانها ولو كان ممن يعجز عن القيام بها ولا هو بامانة نفسه يحرم له قبولها
صرح به الشيخ في المهذب وغيره ولو كان يقدر على حفظها الا انه ليس واثقا بامانة
نفسه فمنهم من يقول لا يجوز له القبول ومنهم من يقول يكره وسيأتي ان شاء
الله تعالى ذكره وشيء من ذلك في باب اللقطة قال الامام وقد تردد
الائمة في تسمية الوديعة عقدا ام لا وان سبب الاختلاف الالتفات على العواري

المودع

المودع ليس بشرط وقال القاضي الحسين ان الخلاف مبني ان الصبي اذا اتلف مال
الوديعة هل يجب عليه الضمان وفيه قولان فان قلنا لا يجب تبنى عقد والاملاء والترك
يدل عليه اطلاق الجمهور انها عقد ولذلك قال ـــ الشيخ والمودع والمودع
فسخها قال الامام وليس للاختلاف في انها عقد فائدة مهمة قلت بل له
فوائد نذكر منها هو قد ندرس في باب الرهن في الرهن حيث قال لو اودع بهيمة او جارية
فولدت في يد المودع ففي ولدها وجهان احدهما انه وديعة والثاني لا وهو القائل
ليس مضمونا بل هو كالثوب تلقيه به الريح فيلقيه في دار انسان ثم قال وهذا الاختلاف
له التفات على خلاف الاصحاب في ان الوديعة عقد ام لا وهذا ما صرح به القاضي
الحسين هاهنا وغيره ثم قال الامام ومن ادنى آثار الخلاف انه لو اودع وشرط شرطا
فاسدا فان جعل الوديعة عقدا افسدها فلا بد من ايمان جديد والا كان كالثوب طيرته الريح
الثوب وان لم يجعل الوديعة عقدا فالشرط لا يؤثر فيها اصلا بل يلغو الشرط الفاسد
ويبقى موجب الايداع وحكى القاضي الحسين في باب الوكالة طريقة بناها عليه
العراقيون وهي ان المودع اذا عزل نفسه في غيبة المودع هل ينعزل وفيه وجهان
يبنيان على ان الوديعة عقد ام لا ان قلنا ليست بعقد فلا ينعزل لان ابتداء
بالفعل فكذا دفعه ووجب ان يكون بالفعل وان قلنا انها عقد فاذا عزل نفسه
انعزل ويبقى امانة وان قلنا في التمكن من الرد على المالك لم يضمن بعد
التمكن على وجهين وقرر انها تبقى امانة اي من جهة الشرع كما اذا طيرت
الريح الثوب وقد صحح في الوسيط وغيره جريان الخلاف في طيران الثوب كما
صرح به القاضي عند التلف بعد العزل والمجزوم به في طرق العراق وحكاه
ابن الصباغ في باب الرهن وغيره انه متى تمكن من الرد في مسألة الثوب وكونه
لم يعلم المالك به ولم يرده انه يضمن مع الجزم بان الوكيل اذا عزل لا يضمن ما لم يطالبه
بالرد فيمتنع منه وفرق ابو الطيب بانه وضع اليد على العين في الوكالة باذن
صاحبها بخلاف الثوب وهذا معنى موجود في الوديعة فان وضع اليد عليها
كان باذن مالكها وقد حكى الامام في مسألة طيران الثوب الى داره ان الملتقي
بمنزلة الالتقاط وفيه خلاف قال فيها انه حكاه في فصل الركاز في كتاب الزكاة

فان جعلناه لقطة لم يخف حكمه وان لم نجعله لقطة فهو امانة وفي وجوب الاشعار به
تردد والظاهر انه لا يجب طلب المالك فان وجوب التعريف في معارضة
تسليط الملتقط على التملك وذهب بعض اصحابنا الى وجوب الاشعار قال
لا يصح الايداع الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والمجنون
والسفيه والعبد ان جعلناه توكيلا والعبد ان جعلناه اهلا للتملك لكن
منافعه مستحقة للسيد قال وان اودع صبي مالا ضمنه المودع لانه وضع
يده عليه بغير اذن معتبر فاشبه الغاصب قال ولا يبرا الا بالتسليم الى الناظر
في امره كما لو غصبه وفي هذا الحصر نظر فان الصبي لو اتلف المال المودع من غير
تسليط من المودع عليه فالذي يظهر براءته فان فعل الصبي لا سبيل الى اهداره
وتضمينه ماله بسببه فكان ينبغي البراءة وحينئذ يحمل كلام الشيخ على البراءة
بالتسليم لا بغيره واعلم ان اطلاق الشيخ تضمين الآخذ محمول على ما اذا
لم يحسن المودع من يتلف المال باستهلاكه ان لم يقبله اما اذا احس عليه
فقد حكى في المهذب والبسيط في وجوب ضمانه اذا تلف في يده في هذه الحالة وجهين
كما لو ما اذا اخذ المحرم صيدا من جارحة هل يضمنه فيه وجهان ووجه المنع انه
وضع يده عليه من غير ائتمان وفيهما احتمال لانه … ان اخذ الوديعة في هذه الحالة
من جائز التصرف واجب … عليهم التصحيح به من قبل ثمن الصبي اولا وان كان
لا لاحد واجبا لم يبح جعله مضمونا لان الضمان سببه التعدي والتعدي مع الوجوب
لا يجتمعان والمسئلة المبني عليها الخلاف لا يجب فيها تخليص الصيد من جارحه
ولو فرض وجوبه كان ايجاب الضمان مشكلا لما ذكرناه وقد احال في البسيط
عدم الضمان كما هو الصحيح في المسئلة المبني عليها قال وان اودع صبيا مالا
فتلف عنده بتفريط او بغير تفريط لم يضمنه لانه لا يلزمه الحفظ فلم يلزمه
الضمان كما لو تركها عند بالغ من غير ايداع وان فرط فيه قال
وان اتلفه ضمنه لانه لم يسلطه على الاتلاف كما لو اذن له في دخول
داره لا كل شيء فاتلف غيره وهذا ظاهر المذهب في البحر والاظهر في الشامل
قال وقيل لا يضمن كما لو باع منه شيئا وسلمه اليه والفرق على الاول

ان

ان البيع يقتضي التسليط على التصرف بخلاف الايداع وقد حكى بعض الاصحاب هذا
الخلاف قولين وبعضهم وجهين وهو يجري بعينه في السفيه كما صرح به ابو الطيب
في باب الحجر وغيره واجراه الماوردي في ايصالهما لو اعار من السفيه شيئا فاتلفه
واذا اودع من العبد فتلف في يده فلا ضمان وان اتلفه فان قلنا نضمن الصبي
بالاتلاف تعلق الضمان برقبة العبد وان لم نضمن الصبي تعلق الضمان بذمة
العبد لا برقبته قال ومن قبل الوديعة لزمه حفظها لانه مقصود
الوديعة وقد لزمه ومن ههنا يوخذ ان الوديعة لا تتم الا بالقبول ومن
ضرورة الايجاب اذ لا يعقل قبول بدونه اما ما يقوم مقام القبول فقد
يعقل انفراده كما اذا قال الاب استاجرت من نفسي هذا الولدي فانه يكتفي به
على راي وقد اتفق الائمة على ان الايجاب ههنا لا بد منه وانه يتعين فيه
اللفظ الدال على الاستحفاظ كقوله استودعتك هذا او اودعتك او
استحفظتك او انبتك في حفظه او احفظه او هو وديعة عندك وما في معناه
فلو وضعه بين يدي غيره ولم يتلفظ بشيء لم يحصل الايداع وان كان قد قال
قبل ذلك اريد ان اودعك حتى لو وضعه صار ضامنا له واما القبول فقد
قال في الوسيط ان في اشتراطه لفظا ما ذكرناه في الوكالة وههنا اولى
بان لا يشترط لانها ابعد عن مشابهة العقود وسوى بينهما في الوجيز حيث
قال وضعفها تضعيفها ومقتضى هذا انه لا بد من القبول باللفظ على راي
مطلقا كما صرح به في التهذيب وبعضهم بناه على قولنا ان الوديعة عقد وعلى راي
نفصل بين ان تكون بصيغة العقود او بصيغة الامر وعلى راي وهو مذهب
العراقيين انه يحصل بالقول والفعل فعلى هذا اذا قال اودعتك هذه
فوضعها بين يديه او قطعه فاخذه في المهذب صحت الوديعة وان لم يوجد
شيء من ذلك فلا ضمان على المودع اذا تركها وفي التتمة ان الايداع لا يتم الا
بقوله صححه ما لم يقبض وفي فتاوى الغزالي ان المودع ان كان في يده
فقال ضعه دخل المال في يده وانه لو قال له انظر الى متاعي في دكاني فقال
نعم فهذا التماس مكرمة على سبيل التبرع فلا يضمن بتركها ن

فرع لو قال اودعتك هذا العبد شهرا صح جزم به في البحر وفي الحلية وقال الرافعي القياس
تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة ولو قال اودعتكه اليوم وفي اليوم لا يكون وديعة
بعد الغد يكون وديعة كان وديعة في الحال ولو قال اودعتكه على ان ترده غدا او بعد
غد او نحوه فلم يردها وتلفت في اليوم الثالث صرح به في البحر وقال في حرز مثلها
لان الاطلاق يقتضيه وله ان يحرزها بمن يثق به استعانة مثل ان يقول لخادمه
اجعلها في الصندوق ونحوه صرح به في البحر وغيره ونسبه الى ابن سريج وفي تعليق
القاضي الحسين انه اذا فعل ذلك من غير ضرورة ضمن ولعله محمول على ما اذا فعل ذلك
وترك الملاحظة فان الامام حكى في هذه الحالة ترددا وان في بعض التصانيف التصريح
بالمنع والذي يشعر به فحوى كلام الائمة الجواز اما اذا كان مع ذلك ملاحظا لها فلا
وجه له قال الامام ولو كان الموضع الذي فوضه خارجا عنه وكان لا يلاحظها اصلا
وفوض الحفظ الى من يتصل به من ولد وزوجة وجارية فالظاهر تضمينه ولا نزاع في
ان له ان ينقل الوديعة من الموضع الذي احرزها فيه الى غيره سوا كان مثله او فوقه
او دونه اذا كان حرز مثلها كما لو وضعها فيه ابتدا ولا فرق بين ان ينقلها مع ماله او
دونه اذا كان حرز مثلها قال الماوردي وقياس قول الاصطخري انه ان احرزها مع
غير ماله او نقلها مع غير ماله ضمن كما سنذكر عنه في الدابة قال
وان قال لا تقفل عليها قفلين او لا ترقد عليها فخالف في ذلك لم يضمن لانه زاد خيرا
مما يعتنيه في الحفظ قال وقيل يضمن اذا سرق لانه اغرا بها السارق قال القاضي
ابو الطيب والصحيح الاول وهو ما قاله الشافعي ولا اعتبار بما ذكره هذا القايل
لانه لو قال عندي وديعة وحالها كذا وقصتها كذا فسمعه لص فسرقها لم يضمن
فاولى اذا نبه عليها بالفعل ان لا يضمن قلت وما قاله من الاستشهاد قد يمنعه
القايل بهذا الوجه وقد حكى العبادي ان رجلا لو قال للمودع عندك للعلا وديعة
فاخبره ضمن لانه لما نهاه عن حفظها فاذا اخبر فقد ترك الحفظ وقال بعض الخراسانيين
ان هذا الوجه انما يجري اذا قال المالك ذلك خشية من اغرا السارق اما اذا قاله تخفيفا
عن المودع فلا يضمن وجها واحدا ولو تلفت الصندوق بالرقاد عليه او بما قفله ضمنه وجها
واحدا جزم القاضي الحسين بعدم الضمان في الصندوق اذا كان محرزا وقال فيما اذا كان في صحراء

غير محرز فطر ان سرق من جوانبه ضمن لان المالك انما امره بان لا يرقد عليه حفظه
من الجوانب وقد جا التلف من جهة المخالفة وان سرق من راس الصندوق لان التلف
لم يات من ناحية المخالفة وهذا اصل وهو اذا شرط المالك شرطا لا يقتضيه مطلق الايداع
فخالفه المودع لكونه راى الاحتياط في تركه فان جا التلف من ناحية المخالفة ضمن والا فلا
وحكى المتولي فيما اذا سرق من الجانب وجهين قال الرافعي اظهرهما وهو المذكور في الوجيز
انه يضمن لانه اذا رقد عليه فقد اخفاه عن الصندوق وربما لا يتمكن السارق
من الاخذ لو كان يحرسه وهذا مصور بما اذا كان الحس الذي سرق منه لو لم يرقد على
ظهره لكان قد يرقد فيه وقد اجرى الخلاف في الاصل فيما لو قال لا تقفل عليها فقفل
او لا تغلق باب الدار فغلقه او لا ترقد عند الصندوق فرقد عنده
ما نقفل مضمومة دقاق ومكسورة يقال اقفل يقفل دقاق قيل مضمومة يقال
رقد يرقد رقدا ورقودا ورقادا اذا نام فهو راقد وهم رقود وهي راقدة والرقدة
المرقد المضطجع والمرقد دوا يعرف يرقد من يشربه قال وان قال له
احفظ في هذا الحرز فنقله الى ما دونه ضمن اي وان كان حرز مثله لانه لم يرض به
وحكى ابو الفرج الزاز وجها عن ابن سريج انه لا يضمن اذا كان حرز مثله ولو نقله الى مثله
او فوقه لم يضمن وحمل النص على تقدير الحرزية دون التخصيص الذي لا غرض
فيه كما اذا استاجر ارضا لزراعة الحنطة فان له زرع مثلها وقيل ان تلف بسبب
انهدام الثاني ضمن لانه جاء من جهة المخالفة كما لو اكرى دابة فوضعها في الاسطبل
ووقع عليها وان تلفت لا بسبب النقل بان كانت حيوانا فمات لم يضمن حكاه
المتولي والحق السرقة من الثاني مع سلامة الاول بالانهدام ووافقه عليه صاحب
التهذيب قال الرافعي ولفظ الوجيز في الاجارة يقتضي الحاق السرقة والغصب
بالموت ولذلك اورد بعضهم وحكى الامام ان في كلام صاحب التقريب وجها
بالمنع وهو انه ان نقل الى مثله ضمن وان نقله الى احرز منه لم يضمن ومحل ما
ذكرناه اذا كان الحرز للمودع اما اذا كان للمالك فوجهان في الحاوي احدهما
ان الحكم كذلك نقله بحكم الحفظ المعين والثاني لا يجوز ويضمن اعتبارا
بالتعيين القاطع للاجتهاد قال وان نهاه عن النقل عنه فنقل الى

مثله أي من غير خوف وتلف بسبب النقل ضمن للمخالفة وهذا ظاهر كلام الشافعي
وأصحابه في المرشد وقد أشار الغزالي إلى ما ذكرته بقوله لا بأس بالعدول من حرز حفظ
إلى مثله لكن لو أفضى العدول إليه إلى التلف وجب الضمان وهو منسوب من
القائلين إلى قوله القاضي حسين قال وقيل لا يضمن لتساوي الحرزين
وهذا قول الإصطخري وابن أبي هريرة ومحله كما صرح به المتولي والماوردي وغيرهما
إذا كان البيت مختصا بالمودع أما إذا كان مختصا بمالك الوديعة بسبب ملك أو إجارة
أو إعارة ضمن وجها واحدا إذا لم يخف الهلاك وعلى هذه الحالة حمل الإصطخري كلام الشافعي
وقد أجرى هذا الخلاف فيما لو نقله عند النهي إلى حرز فوق المعين قال
وإن خاف عليه الهلاك في الحرز فنقل لم يضمن أي وإن كان يضمنه به لو لم يخف لوقوف
الاحتياط والحالة هذه على النقل ولا فرق في هذه الحالة بين أن ينقل إلى مثل الأول
أو دونه إذا كان حرز مثله ولا بين أن يكون ملكا للمودع أو المودع وفي التتمة تخصيص
جواز النقل إلى ما دون الأول بما إذا لم يجد سواه أما إذا وجد فعليه الضمان لأنه
خالف غرضه قال وإن لم ينقله حتى تلف ضمن أي مع عصيانه لتغريره به وهذا
ما جزم به الماوردي قال وقيل إذا نهاه عن النقل لم يضمن أي وإن كان عاصيا لأنه
مطيع له فأشبه ما لو قال له أتلف مالي فأتلفه والقائل الأول حمل النهي على
حالة السلامة إذ هو الذي يقتضيه العرف قال وإن قال لا تنقل وإن
حدث عليه الهلاك فخاف فنقل لم يضمن لأنه متبرع عذر وقد زاده حفظا وقيل يضمن
للمخالفة ولو لم ينقل ثم على القولين جميعا صرح به في البسيط وكلام الغزالي في
البسيط يقتضي خلافه وقد بنى الغزالي والمتولي هذا الخلاف على ما إذا غصب من
الغاصب ليرد على المالك فهلك في يده هل يضمن وفيه وجهان وبناه الماوردي على خلاف
حكاه عن أبي إسحاق المروزي فيما إذا وكله في شراء عبد بعينه ونهاه عن الشراء بدونها
فهل الشرط صحيح حتى لا يبيع الشراء بدونها أو ملغى حتى يصح وفيه وجهان وأنهما
جاريان هنا فإن قلنا الشرط صحيح ضمن بالإخراج ولا ضمن بالترك وإن قلنا إنه
ملغى ولا يضمن بالإخراج وهل يضمن بالإخراج فيه وجهان كما إذا قال لا
تعلف الدابة فلم يعلفها حتى ماتت والصحيح في غير أنه إذا أخرج أو ترك لا

لتوكل

يضمن

يضمن والقائل بالضمان عند النقل هو الإصطخري وقد أجرى القاضي الحسين
الخلاف المذكور في النقل عند خوف الهلاك فيما إذا دفع إليه ثوبا فأمره
بحرزه فتركه في يده حتى تلف فرع إذا نقل الوديعة من ظرف إلى ظرف
فقد أطلق الغزالي أن الظرف إن كان للمالك والذي يتخلص من كلام الأصحاب أنه
إن لم يخرجها بقصد ولا فض ختم ولا خلط ولم يعين المالك ظرفا فلا يضمن بمجرد النقل
سواء كانت الصناديق للمودع أو المالك وإن جرى شيء من ذلك فإن كان فضا أو فتحا
ضمن قطعا وقد سبق ذلك وإن كان قد عين الظرف ففي الضمان وجهان وجه
عدم الضمان وهو الأصح أن الظرف والمظروف وديعتان وليس فيه إلا أنه حفظ
أحدهما في حرز والآخر في غيره وإن كانت الظروف للمودع فهي كالبيوت بلا خلاف
قال وإن قال اربطها في كمك فأمسكها في يده فقولان أحدهما يضمن
لأن الكم أحرز لأنه قد يسهو ويرسل يده فتسقط منها بخلاف الكم وإذا كان كذلك
شابه ما لو قال احفظ في هذا الحرز فنقل إلى ما دونه وهذا ما رواه الربيع عن الإمام
قال والثاني لا يضمن لأن الكم يقصده الطرار على بطه دون اليد فكانت أحرز
وهذا ما نص عليه في المختصر والجامع الكبير وهو مواخ للنص فيما إذا نقل الوديعة
من الحرز المعين إلى أحرز منه قال وقيل يضمن قولا واحدا لما تقدم وهذا هو
الصحيح والقائلون به منهم من حمل ما رواه المزني على ما إذا ربطها في كمه فترك الشد على
لأنه زاده حرزا ومنهم من حمله على ما إذا أمسكها بيده عند النوم لأن اليد أحرز بالإضافة إلى
النوم وهو ما أجاب به الشيخ أبو حامد وحكى الرافعي أن لفظ النص في عيون المسائل
مصرح بهذا التنزيل وقيل إن تركها في جيبه للحوق عليها في الكم لم يضمن والأصح
ولو امتثل أمر ربطها في كمه ولا حاجة مع ذلك إلى الإمساك باليد لكن ينظر
إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرار ضمن لأن فيه إظهار الوديعة وحله
وقطعه أسهل وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقد لم يضمن إذا كان قد احتاط
في الربط لأن الذي يسقط يقع في الكم ولو جعل الخيط الرابط داخل الكم انعكس
الحكم قال الرافعي وذلك مستدل لأن المأمور به مطلق الربط فإذا أتى به
وجب أن لا ينظر إلى الجهة التي بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فأفضى

الى التلف وان قضيته هذا ان يقال اذا قال احفظ في هذا البيت فوضعها في زاويه
منه فانهدمت عليها تضمن لانها لو كانت في زاويه اخرى لسلمت ومعلوم انه يبعد
ذلك وان قال اجعلها في جيبك فجعلها في كمه ضمن لان الجيب احرز من الكم
لان الكم قد يرسله ويسقط ما فيه بخلاف الجيب قال وان قال احفظها في
كمك فجعلها في جيبه لم يضمن لانه ازيد حفظا ونقل وجه ضعيف انه يضمن ولو كان الجيب
واسعا غير مزرور ضمن قاله المتولي من جانب جيوب ... اذا قطع يقال جيب القميص اي جوبه
واحسبه اي فوره حسنه قال وان اراد سفرا ولم يجد صاحبها ولا وكيله اي
سلمها الى الحاكم لان المالك
لو كان حاضرا او وجب عليه القبول فاذا كان غائبا ولا وكيل له ناب الحاكم عنه في ذلك
عند الحاجه اليه كما لو خطبت المراه ووليها غائب فان الحاكم ينوب عنه في التزويج ويجب
على الحاكم في هذه الحاله القبول بخلاف ما لو اراد الرد على الحاكم من غير سفر كما سنذكره
وحكى الامام فيما اذا كان يسافر عن اختيار من غير حاجه ولا ضروره مرهقة احتمالا عن
العلما المتكلمين في احكام الامانه والشريعه محاجه الهها وليس للفقها اعتنا بها
قال وان لم يجد سلمها الى امين لان النبي صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع
بمكه فلما اراد الهجره سلمها الى ام ايمن واستخلف عليا كرم الله وجهه في ردها وهل
يجب على المودع الاشهاد على الامين فيه وجهان فان لم يشهد على وجه الوجوب
ضمن والمراد بالامين من يأتمنه المودع وعين كما صرح به في البحر وحكى الرافعي
عن روايه الشيخ ابي حاتم القزويني وجها انه يشترط ان يكون الامين ممن يودع
عنده ماله وان الظاهر خلافه وقد اشار الماوردي الى هذا الوجه ايضا وقال
انه قياس قول الاصطخري كما سنذكره في انواع البهيمة ولو كان الحاكم حاضرا
كان وجوده كعدمه صرح به الماوردي وان سلمه الى امين مع وجود
الحاكم ضمن قال القاضي ابو الطيب لان امانة القاضي مقطوع بها فانه لا يولى
الا بعد ان يعرف عدالته ظاهرا وباطنا وليس كذلك الواجد من الرعيه لان العداله
انما تثبت من طريق الظاهر ولان عدوله عن الحاكم الى الامين عدول من جائز الى العدول عن الحاكم
عن النص الى الاجتهاد ولانه اذا دفع الوديعه الى الحاكم حفظها بولايته على صاحبها

لان ولايته في حفظ مال الغائب وليس كذلك وهذا ظاهر قوله في الرهن وبه
قال ابو سعيد الاصطخري وابن ابي هريرة وابن خيران واختاره الشيخ ابو
حامد وصححه القفال وصاحب المهذب وغيرهم وبه جزم بعضهم قال
وقيل لا يضمن لان القصد الحفظ وهما في الحفظ سوا ولانه يجوز الدفع اليه يعني غير
الحاكم في حضره فالدفع الى الوكيل وهذا ظاهر النص هاهنا وبه قال ابو اسحق
واختاره في المرشد وقال في البحر والذي يجيء انه المذهب وبه قطع بعضهم فتحصل
له في المسئله ثلاث طرق القطع بالضمان القطع بعدمه اجرا قولين وسلك الامام
طريقا اخر فقال ان سلم الى الامين مع وجود المالك او وكيله او الحاكم ضمن قال
سلمه اليه عند خلو البلد عنهم وظاهر النص هاهنا وبه قال ابو اسحق واختاره
المرشد وقال في البحر والذي يجيء انه المذهب وبه قطع بعضهم فتحصل له
المسئله ثلاث طرق القطع بالضمان القطع بعدمه انتهى وذلك وقال الشافعي
في باب الرهن العدل الذي وضع الرهن عنده اذا اراد سفرا فاودع ما عنده الى
امين ضمن وانما قال ذلك في سفر المكان عن الحاكم فلم يرد عليها وما بين المسالتين فرق
وحملوا المسالتين على قولين ولا اشكال في انه اذا وجد المالك فرد عليه وجب
القبول ولم يرد على الوكيل مع وجود المالك وله مطالبه الوكيل بالاشهاد جزما
وان كان قد قبض الوديعه منه كما قاله الماوردي وهل يجب فيه وجهان وهل له مطالبه
المالك بالاشهاد فيه ثلاثه اوجه يعلم ذكرها في الوكاله فلو سلم الى الحاكم مع وجود
المالك او وكيله ضمن وعن الشيخ ابي حامد روايه وجه انه لا يضمن لان امانة الحاكم
اظهر من امانة المودع فكان كجعل الوديعه في موضع اخر فعلى هذا لو ادعاه المودع
للاشهاد كان مخيرا فيه وبين اعلام مالكها بالاسترجاع فان احدهما واجب عليه
وهل يجب على الحاكم القبول في هذه الحاله قال في المهذب نعم وفي الرافعي انه لا وجه
لوجوبه عليه اذا كان التسليم الى المالك متيسرا فرع اذا اودع امينا
عند ارادة السفر بشرطه ثم قدم المودع واراد ان يرد الوديعه من الامين هل له
ذلك ابدا الامام فيه احتمالا وفرعه من الخلاف في ان وكيل الوكيل هل هو بمنزلته
حتى ينعزل بعزله وجنونه ام هو وكيل الوكيل والذي اجاب به العبادي ان

ان له استرجاعها وعلى ذلك يدل قول الغزالي في الوسيط والمتولي حيث
قالا لو ادعى الامين الرد على المودع قبل قوله دون دعواه الرد على المالك قال
وان دفنها في دار اي المال المودع عند جواز ايداعه الامين قال واعلم
بها امينا يسكن الدار لم يضمن على ظاهر المذهب لان ما في الدار في يد ساكنها
فكانه اودعه اياها وهذا ما حكاه في المهذب والتهذيب قال وهل يضمن
بما رق اذا اودعها عنده لانه اذا اودعها اياه فقد ازال يده عنها وجعلها في حكم
الوديعه وليس كذلك هاهنا لانها على حكم يده ولم يجعلها في يد غيره فلم يزل
بذا وجهه القاضي ابو الطيب فعلى الاول وهو الذي اجابه في المرشد يشترط ان
يكون الدار حرز مثله وهل يكتفي باعلام امين واحد ام لا بد من رجلين يشهد
شهادتهما ورجل وامراتين فيه وجهان في الحاوي فعلى الثاني لا بد ان يحضر الدفن
ولا يلزمه ان ياذن لها في النقل عند الخوف لان الغلب على ذلك الشهاده وعلى
الاول وهو قول ابن ابي هريره والظاهر في الرافعي يجوز ان لا يحضر ويكفي
باعلام ثقة رجلا كان او امراه جزاعاه لحكم الائتمان وعلى هذا هل يلزمه ان ياذن
له في النقل ان حدث بها خوف فيه وجهان فان لم يوجه نقلها الامين عند
الخوف فهل يضمن فيه وجهان في الحاوي ولو لم يعلم بما دفنه احدا وعلم به غير ساكن
الدار او ساكنها لكنه غير امين ضمن والحق الامام فما حكاه الرافعي اعلام المراقب
للدار من الجوانب او من فوقها مراقبة الحارس باعلام الساكن والذي وقع عليه في
النهايه او بعض الايمه الحق الاذنها باطلاع الامين مع كون الموضع حرزا وحكى عن
ايمه العراق ما ذكره الشيخ واستحسنه ثم قال ولست ارى في ذلك خلافا بين
الطرق والاطلاع الذي ذكره عن العراقيين محمول على ما ذكره العراقيون ولكنهم
لم يفصلوه فان كانت الدار خاليه والمطلع لا يد له عليها ولكنه يرعاها من فوق
وعليه الحارس او من الجوانب فلا يكاد يصل الى الغرض وان احاطت بالدار حياطته
وعمها من الجوانب رعايته فهذه اليد التي يكون بها الوديعه هي التي عنيناها
العراقيين وفي الحاوي حكايته وجها انه يجوز ان يعلم من هو بعيد عنها ما على ان
المعلق على هذا الاعلام الحر وطرده في الاشهاد باعلام العبد وقد صور الحلي المسئله

بما

المسئله بما اذا دفن في الدار مع قدرته على الحاكم او امينه فيكون حقيقه الخلاف راجعه
الى جواز ايداع الامين مع وجود الحاكم او نائبه وما قاله هو ما حكاه السنجي والاكثرون
على خلافه وا علم انه لا يجوز الايداع بعد السفر كما ليس يجوز سائر الاعذار
كما اذا كان بالبقعه حريق او غارة او خاف الغرق ولم يجد حرزا ينقلها اليه قال الرافعي
والنهي في معناه ما اذا اشرف الحرز على الخراب ومن طريق الاولى يجوز الايداع عند خوف
الموت بحدوث مرض مخوف وما في معناه فان لم يودع مع الامكان او لم يوص بها عنده
عد حتى مات ضمن قال الرافعي لكن كما ليس بالموت انه كان مقصرا من اول ما مرض
او يلحق التلف اذا حصل فالتردي بعد الموت في من حضرها بعدها وفي المهذب
ان الوصيه تجري وان امكن الرد الى المالك لانه لا يدري متى يموت واذا اوصى فليشهد
صونا لها عن الانكار ويشترط ان يكون الوصي اليه امينا وهل يشترط ان يكون ممن
يقبض ماله اليه حتى لو اوصى بماله لشخص وبالوديعه لاخر يضمن فيه وجهان في الحاوي
ولو اوصى الى فاسق وسلم اليه ضمن وان لم يسلم وتلفت قبل الموت فهل يضمن فيه وجهان
في الحاوي ولو قال عندي وديعه لفلان فوصفها ولم يوجد في تركته قال ابو اسحق لا
يضمن ... مع الغرم لانه امانه فلا يضمن بالشك وبهذا اجاب في المهذب
وخالفه غيره قال في المهذب وهو ظاهر النص ولو وجد في تركته اثواب من ذلك الوصف
ضمن ولو وجد ثوب واحد فعلى المهذب والتتمه انه يترك عليه ومنهم من اطلق انه
يكون ضامنا ولو مات المودع ولم يوص فادعى المالك انه قصر في ترك الايصاء وقال
الورثه لعل الوديعه تلفت قبل ان يوصف بالتقصير قال الامام والظاهر
براءه الذمه والاختلاف في انه اذا مات تحاه انه لا يضمن بترك الايصاء فرع
لو سافر المودع بالوديعه فهل يضمنها يشترط ان لم يجد من يودعها اياها وكان
السفر مامونا فالحصر يحوفا جاز المسافره ولا ضمان وان كان الخطر مأمونا
ايضا فلا يجوز على النص وبه قال ابو اسحق وصححه صاحب المهذب فان سافر بها ضمن
وقال ابن ابي هريره يجوز والايمان لا يستوي الامر في الحالين وحمل خطها له بنفسه
وحمل النص على حاله الخوف وهذا ما اختاره القفال وقال الرافعي انه الاظهر
عند المعظم وجزم في المهذب وقال انه يلزمه ان يسافر بها فان سافر بها

مع امكان ابداعها ضمن وحكى القاضي ابو الطيب والرافعي وجها
انه لا يضمن اذا كان الطريق امنا قال الرافعي وذكر الوسائط فيها في
البحر وكان الغالب منه السلامة وحكى في موضع اخر انه يجوز له السفر
مع امن الطريق وكون البلد المنقول اليه احرز ولو اراد ان ينقل من بلد الى
بلد وليس بينهما مسافة تسمى سفرا فهل يجوز فيه وجهان اظهرهما الجواز كما
لو اتصلت عمارتهما وعلى هذا فالاعتبار بهما احرز وقيل لا يجوز فلو كان ما بينهما
مخوفا ولو اودعه وهو مسافر فله ان يسافر بها قال الروياني ولا ينقلها
متى وصل العمارة ولا يخرج الوديعة ويسلم ذلك الى القاضي بينه
قول الشيخ ولم يجد صاحبها يشمل ما اذا كان مسافرا او محبوسا معه وعنه و
حبس لا يتصل اليه بسببه وقد صرح بذلك في الحالة الثانية صاحب البحر
والقاضي الحسين حكاية عن ابي اسحاق وانه جعل بعد الوصول كالغيبة
والحلول المعوق ولم ينسبه لاحد قال وان اودعه بهيمة فلم
يعلفها حتى ماتت اي بسبب ترك العلف مدة يموت مثلها بترك العلف
فيها ضمنها لتعديه فانه يجب عليه ان يعلفها لحق الله تعالى ولانه لا يحصل
الحفظ الذي التزمه بقبوله الوديعة ولو لم تمت بعد امساكها الى تلك المدة
قال في المهذب ضمنها وان لم يتلف جوعا وكذا لو دخلها نقص ضمنه ولو
ماتت قبل مضي تلك المدة بسبب سابق [illegible] فان علم
بالاول ضمنها والا فوجهان في المهذب اظهرهما في التتمة عدم الضمان واذا
اوجبنا الضمان فالكل او ما يقسط فيه وجهان ولا فرق في ذلك بين
ان كان له المالك في العلف او مطلق الايداع نعم لو اذن له في العلف [illegible]
ان يشرط له الرجوع وقدر العلف رجع عليه وان لم يشرط الرجوع او لم
يقدر العلف ففي الرجوع عليه وجهان في الحاوي والحق الرافعي الوجهين عند
عدم اشتراط الرجوع بالوجهين فيما اذا قال له اد ديني من غير شرط الرجوع
وقد عرفت في باب الضمان حكاية المختار منهما واذا لم ياذن له في الانفاق
فان له عند حضور المالك او وكيله مطالبته بالانفاق عليها او استرجاعها

فان

وان كانا غائبين رفع الامر الى الحاكم واستحسن عنده ليفعل ما فيه المصلحة من اجارتها او
بيعها او بيع بعضها او الاستقراض عليها اذا كانت المؤنة خفيفة وله ان يستقرض
من المودع او يسلمه الى عدل ليصرف عليها فلو اذن له في الانفاق بنفسه فهل يجوز فيه
خلاف ما في مثله في الهارب في باب الاجارة فان جوزنا فهل يجوز بقدر المصروف فيه وجهان
في الحاوي ولو انفق عليها المودع من غير اذن الحاكم نظر ان قدر على اذنه لم يرجع وان لم يقدر
ففي رجوعه عند شرط الرجوع ثلاثة اوجه حكاها الماوردي احدها يرجع اشهد او
لم يشهد والثاني لا يرجع وان اشهد والثالث ان اشهد رجع والا فلا قال اعني الماوردي والاشهاد
وجب في كل نفقة كما قدمته في [illegible] نظير المسئلة من الانفاق على اللقيط وهذا ايضا
محل الرجوع عند عدم الاشهاد في مسئلة الكتاب بما اذا عجز عنه اما اذا عجز عنه
اما اذا قدر مع القدرة عليه فلا يرجع وجها واحدا ويظهر مجيء مثله هنا قال [illegible]
حكاية عن ابي اسحاق انا اذا جوزنا له الانفاق والرجوع فالوجه ان يفعل ما فيه الحظ لها
من اجارتها وبيعها او بيع بعضها او استقراض كالحاكم وحكم ترك السقي حكم ترك العلف
وله ان يستعين في ذلك بغلامه وله اخراجها بنفسه ومن يستعين به من الموضع الذي هي فيه
للعلف والسقي اذا كان ضيقا حتى لو هلكت في حال الخروج لا ضمان عليه وقيل انه يضمن اذا
تلف في يد الامين وكان المودع ممن يتولى مثل ذلك بنفسه ولو اخرجها من الموضع
فتلفت ضمن على النص وقد قال الاصطخري وقال ابو اسحق لا يضمن وحمل النص على ما اذا اخرجها
من حرز الى غير حرز [illegible] حمله على ما اذا اخرجها مع غير امين قال فان قال لا
تعلفها فلم يعلفها حتى ماتت لم يضمن لان الضمان يجب للمالك وقد اذن في سببه فاشبه ما اذا
قال اقتل عبدي فقتل وهذا قول الجمهور قال وقيل يضمن لانه لا حكم لنهيه عما
اوجبه الشرع بدليل انه لو كان [illegible] لتعديه وهذا قول الاصطخري وصححه الماوردي
وروى ابن ابي هريرة رواية فيما اذا اذن له في قتل عبده وانه زعم ان الخلاف مخرج من اختلاف
قوليه في ان الراهن اذا اذن للمرتهن في وطء الجارية المرهونة هل يسقط عنه المهر ام لا وقد
حكى الروياني في ادب القضاء له هذا الوجه فيما اذا قال احرق ثوبي او اقسم متاعي ففعل
ولو كان النهي عن العلف لعلة بالبهيمة من قولنج او تخمة فاعلفها المودع قبل زوال التخمة
وعلم العبد حكم البهيمة فيما ذكرناه والحق بعضهم ما اذا امر سقي النخل وبعضهم قال

لا يضمن بتركه اذا لم يأمره به ولا فرق عندنا في عدم تضمين المودع اذا وجد منه العلف
والسقي على الوجه المأمور وتلفت البهيمة بين ان يتولى العلف والسقي مع دواب المودع
او مفرده وقال الاصطخري متى عزلها عن دوابه وعلفها في غير اسطبله ضمنها بكل حال
تنبيه قال يعلف الدابة علفها جر اللام على انه يصح الدام والعلف بفتحها التبن
والشعير وغيرهما مما تأكله الدواب **قال** وان اودع عند غيره من غير سفر ولا عذر ضمن
اي وان كان لا يضمن لو اراد سفرا او لم يصرح به اما اذا كان الايداع عند احد من غير حاكم فبالاتفاق
منا ومن الخصم واما اذا كان عند من الودع يعني واحد وولده وزوجته او كل
حاكم فلانه اودع لم يأمنه المودع المالك من غير حاجة ولا ضرورة فضمن كما لو اودع اجنبيا غير
حاكم وقد حكى القاضي ابو الطيب وجها انه يجوز له الايداع عند الحاكم في غيبة المالك وهو
لانه لو كان حاضرا وجب القبول فقام الحاكم مقامه كولاية التزويج وغيره ونسب هذا
الوجه الى الشيخ اي حامد وعلى هذا فهل يجب على الحاكم القبول فيه وجهان اظهرهما نعم كما
ذكرناه وهذا ما حكاه الاصحاب ههنا وحكى القاضي ابو الطيب وابن الصباغ فيما اذا كان
الرهن في يد عدل واراد دفعه الى الحاكم او امين غيره الراهن والمرتهن من غير ان
يريد سفرا ولا ضرورة انه ينظر ان كان غيبتهما طويلة وهي السفر الذي تقصر فيه الصلاة
فان الحاكم يقبضه عنهما ويرده الى حفظه فان لم يجد حاكما اودعه عند امين وان
كانت المسافة قصيرة فهو كما لو كانا حاضرين وكذلك حكى الامام ثم قال ولا يبعد عندنا
اعتبار مسافة العدوى حتى يقال ان كانا على مسافة العدوى فالعدل مراجعتهما
وان كانا فوقها فهذا يتردد **قلت** وهذا بعينه يتجه جريانه هنا اذ لا يظهر بينهما فرق
عن زوائد الامام من قبل عن الاصحاب عند ارادة المودع السفر هذا
احال الرافعي الكلام في مسألة الرهن على ايداع الوديعة **قال** وله ان يضمن الاول
لتفريطه بتسليم الوديعة لمن لا يجوز تسليمها والثاني لانه اخذ مال الغير بلا اذن
وتلف تحت يده ولا فرق في ذلك بين ان يكونا عالمين بالحال او احدهما لان الضمان
لا يختلف بالعلم والجهل **قال** وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه غره ومن هذا
يؤخذ ان الاول اذا غرم لا يرجع على الثاني اذ لا فائدة فيه وهل لا يرجع الثاني على الاول
لوجود التلف في يده فعلى هذا اذا غرم الاول رجع على الثاني اما لو علم الثاني ضمنه الحال

لم يرجع على الاول عند تغريمه وجها واحدا ثم او يرجع الاول عليه عند تغريمه وجها واحدا قال الماوردي
وعليها المال الوديعة الا انها تنقص القيمة وجها واحدا لانها مضمونة **قال** وان خلط
الوديعة بمال له لا يتميز كالحنطة اذا خلطها بالحنطة والدراهم بمثلها ضمن لتعطيلها بهذا الخلط
المفضي الى سوء المشاركة وهكذا لو خلطها بمال المودع الذي لا حجر عليه ولا وكيل وما في معناه على
اظهر الوجهين وفيه وجه انه لا يضمن والحالة هذه اما اذا تميز مال الوديعة عن المخلوط مثل ان
خلط الدراهم بالذهب فلا ضمان اللهم الا ان يحصل نقص بسبب الخلط فيضمنه كما صرح به الماوردي
قال وان استعملها اي مثل ان كان ثوبا فلبسه او دابة فركبها **قال** او اخرجها من الحرز
لينتفع بها اي عمدا وان لم ينتفع اي وان لم ينتفع لتفريطه وخيانته ولو اخرج البعض لهذا
الغرض اي مثل ان كانت الوديعة عشرة دراهم مثلا فاخرج منها درهما ولم يكن الحرز مقفلا ولا مختوما
ضمنه لا غير ولو تصرف فيه واعاد بدله لم يملكه المالك ولم يضمن ان لم يتميز عن المختلط ضمن العشرة
وان تميز فلا ولو تميز عن البعض ضمن ما لم يتميز عنه خاصة ولو اعاد الدرهم بعينه فان تميز لم يضمن
سواه وان لم يتميز فكذلك على اصح القولين وهو ظاهر النص في المختصر ونسبه الماوردي الى اكثر البصريين
والبغداديين لان هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ فعلى هذا لو تلفت العشرة لم يضمن الا
درهما واحدا ولو تلفت خمسة لم يضمن الا نصف درهم اما اذا كان الحرز مقفلا ففتحه فعليه ضمان جميع
العشرة وان لم يخرج منها شيئا وكذا لو كان مختوما ففك ختمه او مربوطا فحله او قطع الكيس من تحت
الربط حكى الماوردي في فض الختم وحل الربط وجها انه لا يضمن العشرة بمجرد ذلك لانه لم يتعد فيها بعينها
بخلاف القفل وهذا ما اورده الرافعي في حل الخيط من رأس الكيس ومن رزمة الثياب وعلله بان
القصد من ذلك المنع من الانتشار الا ان يكون مكتوما عنه وحكاه مع الاول في فتح القفل ايضا
وعلى الاول هل يضمن الظرف من كيس اذا حله او صندوق اذا فتحه فيه وجهان في الرافعي اما اذا
خرق الكيس من فوق الربط قال الرافعي لم يضمن الا نقصان الخرق وما قاله فيه نظر فانه حكى
من بعدهما اذا تلف بعض الوديعة كان له اتصال الباقي بحريق او بوجه وقطع طرف العبد
انه ينظر ان كان عامدا فهو جان على الكل فيضمن وان كان مخطئا ضمن التلف وفي الباقي وجهان
اصحهما المنع وما ذكره يتجه ان يجري في مسألة خرق الكيس وقد يجري في فض الختم ما
اودعه اياه مدفونا ولو كانت الدراهم في غير وعاء فعدها او وزنها او ذرع الثوب المودع
فهل يضمن بذلك فيه وجهان في الحاوي وجه الضمان انه نوع من التصرف اما اخرج الوديعة

طالما انها ملكه لم يكن ذلك سببا في الضمان نعم لو ادعى ذلك لا يقبل منه في الظاهر ولو اشتغل
بالوديعة كما انها ملكه ضمن صرح به الامام في اول كتاب الغصب محل ذكر الاستعمال
مضمنا اذا لم يتعلق به مصلحة الوديعة اما ما يتعلق بمصلحتها كلبس الصوف الذي لا يصلحه الا
نفس الادمي وبسطه اذا فعل المودع ذلك فلا ضمان عليه بل لو لم يفعله ضمن الا ان ينهاه
المالك عنه وفي التتمة اشارة الى انه يجري وجه الاصطخري في البهيمة وقد حكياه في كتاب
الرسل من قبل وكذلك اخراج الوديعة من الحرز مشروط بان لا يتعلق به مصلحة الوديعة اما الذي
يتعلق به مصلحتها كنشر الثياب وعرضها للبسط ومسح الدابة اذا احتيج اليها الرهانة فلا يضمن به
وان احتاج في ذلك الى فتح قفل ففيه وجه في التهذيب حكاية وجه فيما اذا فتح القفل انه يضمن
وعلى الاول لو لم يفعل ذلك مع العلم يضمن وعن ذلك احترز الشيخ بقوله لينتفع بها قال
وان نوى امساكها لنفسه اي بعد التقاطها لم يضمن لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله عفى لامتي ما حدثت
به انفسها ولانه مال يضمنه بالاتلاف فلا يضمنه بالنية كالغصب الذي ليس بمودع عنده اذا نوى
اتلافه قال وهل يضمن كما لو نوى ذلك عند القبض وبالقياس على الملتقط اذا امسك
العين وترك التعريف ونوى تملكها وهذا اقول ابن سريج والقائلون بالاول منهم من سوى بين
نيته في الابتداء والانتهاء فلم يضمنه ومنهم من فرق بان النية في الابتداء اقترن بها الفعل فاثرت
بخلاف الدوام وبهذا فرق ابو الطيب وبين الملتقط من حيث انه انما ضمن لاقتران نيته بالفعل
وهو ترك التعريف وغيره قال لان امانته تثبت بالنية وقد نوى الضمان فيها بخلاف المودع
وهذا الخلاف يحكى فيما لو نوى ان يستعملها وان لم يخرجها من الحرز وحكى الماوردي عن القاضي ابي حامد
انه في هذه الحالة لا يضمن بهذه النية ويضمن اذا نوى امساكها لنفسه وانه لا يردها لمالكها وصححه
قال وان طالبه بها اي بالمودع فيها ادهوا الوجه عليه كما نص عليه في شرح الفروع وادعى
الامام فيه الوفاق قال فمنعها من غير عذر ضمن لانه متعد بترك الرد قال الله
تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها اما اذا كان بعذر مثل ان طالبه
بذلك في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتاتى فتحها في الوقت او كان مشغولا بصلاة
او قضاء حاجة او طهارة او حمام او على طعام فاخر حتى تفرغ او كان ملازما لغريم يخاف
هربه او كان يخشى المطر والوديعة في البيت فاخر حتى يقلع وما اشبه ذلك فلا نزاع في
ان ذلك جائز لكن هل يضمن الذي قاله في الوسيط هنا ان الضمان كان بسبب تعذر الوصول

اليها كان في جنح الليل لم يضمن وان كان بسبب كونه في حمام او على طعام ضمن وان لم يضمن بالتأخير
ولذلك حكاه في كتاب الوكالة عن قول الاصحاب ثم قال وهذا متقدح اذا كان التلف
بسبب التاخير وبعيد اذ لا يبقى التاخير سببا فيه وما ذكره هنا وهم هو احتمال
ابداه الامام لنفسه والمنقول عن الاصحاب انه لا يضمن في الجميع كما صرح به القاضي حسين
وابو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم في الوكيل اذا اخر بهذا العذر وطردوه في كل يد
امانة كالمودع وغيره وهو ما حكاه المتولي ايضا واراد البغوي بعضه فرع لو قال
المالك ولم يرد عليه الخرج لزمه الرد مهما طلبها كان عصى منه ولم يطالبه الوكيل ففي الضمان
وجهان قال الغزالي في التقريب اذا طرحته الريح في داره لان امره بالرد للوكيل عزل
فصارت امانة شرعية ولو قال رد الوديعة على من قدرت عليه من وكلائي والتوجه
عن الرد على بعضهم عند تمكنه عصى ولو لم تقل له ضمن بالتاخير وفي العصيان وجهان
ولو قال ردها على من يشهد منهم فلم يردها على واحد على الآخر فلا يعصي وفي الضمان وجهان كما
قال الامام في قال وان تعدى فيها اي بما ذكرناه او غيره ثم ترك التعدي لم
يبرا من الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي المودع قد احدث
الوديعة فوجب ان يحكم عليه حتى يؤديها ولانه ضمنها بالعدوان فلم يبرأ من الضمان بالرد الى المكان
من الدراهم ثم ردها الوديعة فان وهو ابو حنيفة وقد وافق
على عدم البراءة قال فان احدث له استيمانا اي مثل ان قال استامنتك عليها
او اودعتك اياها او اذنت لك في حفظها او ابراتك من ضمانها فهل يبرأ على ظاهر المذهب لانه
ضمن بحقه فسقط باسقاطه قال وقيل لا يبرا حتى يردها الى صاحبها اي او وكيله لان الخبر
ولان الابراء مختص بما في الذمة وقد روى بعضهم هذا عن ابن سريج وبعضهم
قال انه منصوص في الام ولو امره بردها الى الحرز بعد التعدي قال الماوردي في كتاب العارية
دل ذلك على سقوط الضمان وجهان قال ولكل والمودع فسخ الوديعة
متى شاء وان مات احدهما او جن او اغمي عليه انفسخت الوديعة لانها الحفظ وقال في
الحفظ وهذا حكم الوكالة ولو قلنا انها ليست بعقد بل مجرد اذن فبطل بان
هذه الاحوال والمودع يخرج عن اهلية الحفظ بها ايضا ويظهر ان ياتي فيها من الخلاف
والاغماء ما ذكرناه في الوكالة ثم اذا انفسخت بموت المودع وجب

على الوارث اعلام صاحب الوديعة بها اذا عرفه او الرد عليه ولذلك يجب على وليه اذا جن او اغمي
عليه وقيل يجب عليه السعي في معرفته وقد تقدم الكلام فيه في اول الباب لانها امانة شرعية وهذا
اذا ثبتت اما باقرار الميت او باقرار الورثة او قامت بينة تمكنها اما اذا لم يوجد سوى الكتابة عليها بانها
وديعة فلان فليس للتسليم على الورثة قال — وان قال المودع رددت الوديعة
فالقول قوله مع يمينه لقوله تعالى فليؤد الذي اؤتمن امانته وليتق الله ربه وقوله تعالى ان الله يامركم
ان تؤدوا الامانات الى اهلها فامر برد الامانة ولم يامر بالاشهاد فدل على ان قوله مقبول فيه مع
يمينه اذ لو لم يكن كذلك لارشد اليه تبارك وتعالى كما ارشد اليه في حق من (?) وسندا بقوله
فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم ولانه ائتمنه فقبل قوله عليه قال القاضي ابو الطيب
ولانه لا خلاف في انه (?) انها اذا هلكت قبل قوله فكذلك اذا ادعى ردها اليه وحيث
قبلنا قوله مع يمينه وما قاله ينتقض بالمرتهن والمستأجر فانه لا يقبل قولهما في دعوى الرد
عند العراقيين وان قبل قولهما في التلف قال — وان قال امرتني بالدفع الى زيد اي ودفعت
اليه فقال زيد لم يدفع الي فالقول قول زيد وهذا مما لا يختلف فيه الاصحاب لان الاصل عدم الدفع
الى الصبي بعد البلوغ فلو كان زيد مالك الوديعة وقد اودعها عند الغير واذن له في ايداعها
عند المودع فان القول قول الدافع لانه ائتمنه قاله الماوردي ويتخرج على ان وكيل الوكيل
وكيل من (?) واذا لم يقبل قول المودع على زيد فحكمه مع المالك ينظر ان كان الدفع في دين
او املا عاهد بعدم التسليم الكلام فيه في الوكالة وان كان عارية او قرضا فيتخرج الماوردي بان المودع يضمن
سواء صدقه او كذبه اذ هو مقصر بترك الاشهاد وان كان هبة وقلنا انه يقتضي الثواب فكذلك
الحكم وان قلنا لا يقتضيه فلا ضمان قلت — وكان يتجه ان لا ضمان بترك الاشهاد على اي
حال في قضاء الدين ويمكن ان يفرق بان هنا لا بد من المطالبة والحاجة الى البينة متوفرة وهذا اذا صدقه
المالك في صدور الاذن في الدفع الى زيد اما اذا انكره فالقول قوله اي المودع (?) قال —
ولو قال هلكت الوديعة فالقول قوله لانه امين ومقبول القول في الرد فقبل في دعوى التلف من
طريق الاولى لان الرد لا يتعذر اقامة البينة عليه لانه منوط بالاختيار بخلاف التلف ولا فرق
في ذلك بين ان يدعي التلف بسبب خفي او ظاهر كالحريق والنهب وكذا موت الحيوان والغصب يحتمل
صاحب التتمة (?) اقامة البينة على السبب دون التلف وعموم مقام البينة على الحريق وجود
اماراته وكذا يصدق المالك وهو الحريق والنهب دون تلف الوديعة ولو اطلق دعوى التلف لم يكلف

بيان

بيان السبب فاذا حلف عن اليمين عند ذكر السبب الخفي فللمالك الحلف على نفي العلم بالتلف ويحبس المودع
قال الامام ومن اصحابنا من قطع بحبس اليمين من جهة ان الممكن ان يطلع على نفي الحريق في الوقت الذي ادعى
المودع وقوعها فيه واذا لم يقم المودع البينة على ما ادعاه من السبب الظاهر وان كان لا يبعد وقوعه في الوجود
حلف المالك وان كان مما يحكم العرف باشتهاره لو وقع ولم يشتهر ففي تحليفه وجهان في هذه المسألة
(?) فان الحريق الظاهر لا يخفى وتتوفر الدواعي على نقله فاذا لم ينقل بان الكذب والظاهر رجحه
الامام وضعف مقابله وحكي عن المراوزة انهم راوا تصديق المودع وان ظهرت مخايل كذبه
والتفتوا الى احتمال صدقه قرب او بعد وانهم فصلوا القول في الحريق فقالوا ان كان مثلا بحيث
يتوقع انطفاؤه من غير اطلاع عموم ساكني طرف البلد (?) فالمودع مصدق
مع يمينه وان كان الحريق عظيما بحيث يستيقن انه لو كان لما خفي فلا سبيل الى تصديقه فرع
لو مات المودع قبل الحلف فللمالك تحليف الورثة لان الوارث قد يتحقق تلف الوديعة فان له الحلف
وكذا ان غلب على ظنه صدق مورثه فلا وان استوى الامران فعلى قولي الورع الحلف
خلاف حكاه الامام فرع — لو مات المالك فادعى المودع التلف بعد ذلك ينظر ان ادعى انه
وهي في حال حياة المالك فالقول قوله مع يمينه وان ادعى تلفها بعد موته وقبل تمكنه من الرد
ففي المصدق فيه وجهان ومثلهما يجري فيما اذا مات المودع وتلف المال في يد ورثته وقال الا (?)
فيها الوجه عندنا القطع بتصديقه لانه امين ليس متعديا قال — وان قال اخرجتها
من الحرز او سافرت بها لضرورة اي تحوج الى الاخراج والسفر وقد تلفت فقال المالك انت متعد
بذلك ودعوى التلف لا تقبل ويجب عليك الغرم قال — وان كان ذلك بسبب ظاهر كالحريق
والنهب وما يشبههما مثل خشية الغرق لم يقبل الا ببينة لامكان اقامة البينة عليه قال —
ثم يحلف انها هلكت لانه يحتمل عدم تغيبه في الاخراج ويصلح ان يحلف ايضا انه اخرجها لاجل
هذا السبب فانه قد يخرجها معه لغيره ويقبل لاحتياج الى اليمين على الاخراج لاجل هذا السبب
ان كان ظاهر الحال قال — وان كان يستحق اي بحسب الشرع قبل قوله مع يمينه لانه
امين وقد ادعى عليه الخيانة فيما يحتمل اقامة البينة عليه فكان القول قوله كدعوى التلف وفيه
شبه العراقيين ذلك بما اذا قال لزوجته ان ولدت فانت طالق فادعت الولادة لا تقبل قولها الا
ببينة بخلاف ما لو قال ان حضت قال — وان قال ما اودعتني ثم بعد ان طلب منه الوديعة
فالقول قوله لان الاصل عدم الايداع لكنه ان كان كاذبا صار بالانكار متعديا حتى لو (?)

او قامت عليه بينة بالايداع وبلفت في يد ضمنها ولو ادعى تلفها او ردها قبل الجحود ولم
يكن له بينة لم يسمع منه لانه دعوى التلف والرد مناقض لانكاره الايداع فلم يصدق
وان اقام المدعى بينة بالايداع فقال المدعى عليه اودعني ولكنها هلكت واقام البينة
انها هلكت قبل الجحود سمعت لان البينة حجة ناصة على الغرض فيجب الحكم بموجبها وهذا ما قال
الحسن انه المذهب وللامام هنا انه ظاهر المذهب ورجحه الرافعي ايضا وحكى عن احسان القفال
والحاوي على قال وقيل لا تسمع لان دعواه غير مسموعة لمناقضتها اقراره الاول
والبينة فرع الدعوى واذا لم تسمع الاصل لم تثبت الفرع وهذا ما اختاره ابن ابي هريرة وذكر
الامام في كتاب الوكالة انه الاظهر والغزالي ثم انه الاصح واختاره في المرشد والعاملوا بالاول
قالوا المودع قد انشا الان قولا ممكنا وقوله الاول يجوز ان يكون عن نسيان والدعوى قول ممكن
فاذا اعتضدت بالبينة ثبت المقصود بها ولهذا لو قال لا بينة لي ثم احضر بينة سمعت لهذا
المعنى قال الامام وانما لا تسمع البينة اذا كان يقول من يقيمها عند اقامتها ساقطها وطرد هذا
القول في كل من سبق منه قول مناقض ورجع عنه وكذب نفسه فيه واقام على وفق الثاني بينة
وهذا يلزم عليه مسئلة المرابحة وهي ما اذا قال اشتريته بمائة ثم قال بمائة وعشرين فانه لا يقبل
وان اقام بينة اللهم الا ان يدعي عذرا كما ذكرناه في موضعه فان في سماع البينة خلافا وان كان
مدارا دهيناها هذه الحالة فقد خرج عن محل السؤال مع ان كلامه يوهم اجراءه مطلقا
ولهذا قال الرافعي قد حكيت عن بعض الاصحاب في مسئلة المرابحة انهم فرقوا بين ان يذكر
وجها محتملا في الغلط او لا يذكر ولم يتعرضوا لمثله هنا والتسوية بينهما متجه وعلى كل حال
فالجمهور مفرقون بين مسئلة المرابحة وقد يظهر بينهما فرق اخر وهو ان ما حصل به التضاد وهو
قول المودع ما اودعني بعد قوله اولا ما اودعني مالك الوديعة موافق له عليه وهو مقبول
به لانه اقرار بعد انكار وايضا فان البينة غير مقبول بها في اثبات الوديعة بعد اقراره
وان كان مقبولا به مع انه صريح في المناقضة يترتب عليه مقتضاه ولا كذلك في مسئلة المرابحة
ونظائرها فان ما حصل به التضاد من قول البائع اشتريت بمائة لقوله اولا لم يوافق عليه من يتعلق حقه
به ولذلك لم يعمل بموجبه اما اذا قال المودع للمالك عند مطالبته ما اودعني فهل يجعل
ضامنا فيه وجهان والخلاف في انه لو قال لا اعرف ما اودعني فلا يشكل بتقرير ذلك ضامنا
ثم الخلاف المذكور في سماع البينة على التلف كما ذكره ليعتبر جار في سماع البينة على الرد الى المالك

قبل الجحود ولو لم يكن بينة لكنه اراد تحليف المالك على ما ادعاه من تلف او رد فهل له ذلك
حكى الامام فيه ترددا عن الاصحاب ثم قال ظاهر المذهب انه يحلفه قلت ولو بني ذلك على ان
يمين المدعي كالبينة او كالاقرار حتى اذا قلنا انها كالاقرار حلفه وان قلنا كالبينة جرى الخلاف التوقف
كما ان الغزالي في مسئلة المرابحة لم يسعد ولو اقام بينة على تلف بعد الجحود لم يفده بالنسبة الى
اسقاط الضمان ويفيده في نقل المطالبة الى البدل ولو اقام بينة على رد بعد الجحود قلت
كالغاصب وابدى الامام احتمالا في اجراء الوجهين السابقين في مثل سماع هذه البينة قبل الجحود
نظرا الى ان البينة مرتبة على الدعوى ودعوى الرد بعد الجحود مناقضة لانكار الوديعة اولا والى ذلك
اشار بجعل يقوله ومن اصحابنا من قال هل يسمع البينة فيه وجهان ولم يفصل قبل الجحود نظرا الى
او بعده ومن هاهنا اختلف نسخ الوسيط في كتاب الوكالة حتى حكى مثل هذا الخلاف بين
الوكيل والموكل في بعض النسخ ان الوكيل اذا اقام البينة على تلف بعد الجحود فذلك على
احد الوجهين وفي بعض فذلك على الوجهين في .... وان قال ما لك عندي شيء فاقام عليه
بينة بالايداع فقال اودعني ولكنها تلفت قبل قوله اي يمينه اذ لا منافاة بين ما ذكره حينئذ
اخرا وبين ما قاله اولا فلذلك قبل قوله بخلاف المسئلة قبلها والحكم فيما لو ادعى الرد قبل الجحود
حكم دعوى التلف ولو ادعى بعد اقامة البينة رد الوديعة بعد الجحود لم يسمع ولم يفد الغرم
وان ادعى تلفها فهو ضامن لكن هل يقبل قوله مع اليمين حتى ينتقل المطالبة من العين الى البدل
فيه خلاف كما في الغصب والمذهب القبول فرع اذا غصبت الوديعة من يد العاصب
هل له المخاصمة عليها واسترداد الوديعة فيه وجهان فرع اذا الزم المودع على تسليم الوديعة
فسلمها فهل يضمن فيه قولان فرع اذا ادخل المودع اقواما الى موضع الوديعة فسرقت فان
سرقه الداخل او من دله عليها الداخل ضمن ذلك وان لم يكن ذلك فلا ضمان وهذا الحكم
فيما لو نبه المالك ان يدخل عليها احدا فادخله وكان التلف من جهته والله اعلم

باب العارية

العارية مشددة الياء
وقد تخفف وجمعها العواري مشددا ومخففا وهي مشتقة من عار الرجل اذا ذهب
وجاء ومنه العيار البطال لكثرة ذهابه ومجيئه وقيل للغلام الخفيف عيار لخفته وبطالته
قال الازهري وانما سميت بذلك لانهم يستبونها الى العار يقال العرب عار وعاري وقال اعان متعلمه
والعارية الاسم وهو تفعولهم اجنبه اجابه والطعنة الطاعة وقيل من التعاور وهو التناوب

قول العرب اعتوروا الشيء وتعاوروه وتعوّروه اذا تداولوه وتعاوروه فكان من دفع ما اختص به الى
غيره ليستمتع به فقد جعل له نوبة وقيل وقيل من العار لان طلبها عار وعيب قاله الجوهري
ويقال اعاره بعيره واستعاره ثوبا فاعاره وحقيقتها شرعا اباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه
ليردها عليه وقيل انها هبة للمنافع مع استبقاء ملك الرقبة قاله الماوردي والاصل في جوازها
واستحبابها قبل الاجماع من الكتاب قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى قيل منه وهي قوله تعالى
الا من امر بصدقة او معروف وهي منه ومن السنة ما روى مالك وابو داود والنسائي عن
صفوان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه ادراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد فقال
لا بل عارية مضمونة مؤداة وفيه انه ضاع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
يضمنها له فقال انا اليوم يا رسول الله في الاسلام ارغب وقال النسائي في بعض رواياته يلبسها
قومك ويلبس بعيرا وغير ذلك من الاخبار التي سنذكرها ومن جهة المعنى ان الاعيان لما جازت
هبتها واباحتها فكذلك المنافع قال الرافعي وقد كانت واجبة في ابتداء الاسلام حتى
توعد الله تعالى من منعها فقال فويل للمصلين الى قوله ويمنعون الماعون وهو كما قال ابن
عباس وابن مسعود العارية وفسرها ابن مسعود بعارية القدر والدلو والميزان قال
من جاز تصرفه في ماله جازت اعارته لانها اباحة للمنافع فلا يصح ممن لا يصح تصرفه في المال كما صحت
ممن يصح تصرفه منه كاباحة الاعيان ولا فرق فيمن يصح اعارته بين ان يملك مالك العين المعارة
او المنفعة بسبب اجارة او وصية او غير ذلك وان كان مستعيرا فسيأتي الكلام فيه ويحترز
الخ بقوله في ماله عن العبد المأذون لان الاذن في التجارة لا يبيح التصرف في غيرها وما
ذكره الخ فيمن يصح اعارته يوجد منه من يصح منه طلب الاستعارة وقبولها وفي الحاوي ان من
يصح منه قبول الهبة يصح منه طلب العارية لانها نوع من الهبة ومن لا فلا وقريب من هذه
العبارة قول الغزالي لا يعتبر فيه الا ان يكون اهلا للتبرع عليه وفيما قالاه نظر فان
السفيه يصح منه قبول الهبة بغير اذن وليه على الاصح ومقتضى ما قالاه ان يصح منه
طلب العارية بدون اذن وليه وقد صرح البغوي بانه لا يصح منه وهو موافق لمقتضى
كلام الماوردي في باب الحجر حيث قال فيما اذا اعار من سفيه شيئا فتلف ان حكمه حكم اتلاف
السفيه الوديعة حتى يجري في ضمانه الخلاف ولو كانت صحيحة منه لضمنها قولا واحدا وان
لم يتلفها ووجه عدم الصحة ان في تسليطه عليها تسليطا على تضييع الضمان ويحتمل ان يقال

العارية

العارية الحقيقية فانه لا ضمان فيها واعلم انه لا بد في صحة العارية من الايجاب والقبول
ويكفي من احدهما الاتيان به بالقول ومن الآخر بالفعل كما صرح به في المهذب قياسا
على اباحة الطعام وعلى ذلك جرى البغوي وفي الوسيط انه لا بد في جانب المعير من اللفظ
وهو ان يقول اعرت او خذ او ما يفيد معناه وفي التتمة ان اللفظ لا يعتبر في واحد من
الطرفين حتى لو رآه عريانا فاعطاه قميصا فلبسه تمت العارية وكذلك لو فرش لضيفه بساطا
او فراشا او مصلى او القى له وسادة فجلس عليها كان ذلك اعارة بخلاف ما لو دخل فجلس على
الفرش المبسوطة لانه لم يقصد بها واحدا بعينه ويجوز اعارة كل شيء ينتفع به اي منفعة
مباحة مع بقاء عينه كالدواب والدور والدروع والدلو والفاس وكالحلي لجواز عقد
الاجارة عليه ولهذا لا يجوز عقدها على ما عليه من حلل الصرف والدراهم والدنانير في طلب الصيد
وغير ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعار من ابي طلحة فرسا فركبه ومن صفوان ادراعا وقال
ليعلى بن امية اذا اتتك رسلي فادفع اليهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا فقال يا رسول الله عارية مضمونة
او عارية مؤداة فقال بل عارية مؤداة اخرجه ابو داود ولما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم
نزل في دار ابي ايوب الانصاري بغير اجرة وفي صحيفة العارية وقد قيل يا رسول الله ما حق الابل
قال حلبها على الماء واعارة دلوها واعارة فحلها وفسر ابن مسعود الماعون بعموم ذلك فثبت
الجواز في هذه الاشياء بالنص وقيس ما عداها عليها للاشتراك في المعنى وعلى ما فسره به
ابو عبيد الماعون من ابواب لكل منفعة وعطية يستغنى عن القياس بالاعارة وما ذكره من
جواز اعارة الدراهم والدنانير هو ما ذكره الماوردي وصاحب البحر والعمراني والمتولي
وحكى الغزالي في صحة اعارتها لما ذكرناه وجهين ووجه المنع ان غرض التزين من المقاصد
البعيدة وهو الذي صححه البغوي والرافعي والنووي ان محل الخلاف عند الاطلاق اما مع قصد
منفعة التزين فلا يجري الا الصحة فان لم تصح اعارتها فهل تكون مضمونة فيه وجهان احدهما
نعم لانها فاسدة وللفاسد حكم الصحيح وهذا ما نسبه الغزالي الى العراقيين وهذا ساله
الى انهم ذهبوا على اجراء الخلاف في صحة اعارتها وهو ما نقله وانه هل يعد عنهم كالمستعرض
ذلك في باب الاقرار والثاني لا قال القاضي لان العارية يعتمد عينا ينتفع بها ولا منفعة هنا
العين هي مجرد القبض من المال للعرض ومن اتصل العرض بالمال نفسه لا ينتفع به كان امانة
وهذا ما نسبه الغزالي الى المراوزة وقال الامام انه الافقه وهذا الحكم فيما لو اعار حنطة

وشعرا صرح به القاضي الحسين فرع اعارة الشاة والناقة للبنها قال القاضي ابو الطيب
يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة واراد به الشاة التي يستعار لينتفع بلبنها ومن اصحابنا
من قال لا يجوز اجارتها لذلك واشار الشيخ ابو حامد كما صرح به ابن الصلاح ثم قال ولا ينبغي
ان يكون في هذا خلاف ويكون ذلك اباحة اللبن الذي كان فيها واباحة الاعيان جائز ولذلك قال
الشيخ وما صار اليه ابو الطيب هو ما ذكره الماوردي وكذلك المتولي ونفى خلافه لكن الماوردي
لم يسم ذلك اعارة بل قال يجوز منحة الشاة للبنها وهو الذي يقتضيه ظاهر الخبر قال في البحر
وهذه التسمية هي الصحيح وعلى المعنى الوجهان في صحة ذلك فيما اذا اتى بلفظ الاباحة وجرى ذلك
في اباحة النسل فرع هل يشترط تعيين المستعار قال المتولي لا حتى لو قال اعرني دابة فقال
ادخل الاصطبل وخذ ما اردت صحت العارية قال وتكره اعارة الجارية الشابة
من غير ذي رحم محرم لانه لم يؤمن ان يخلو بها فيواقعها اما العجوز التي لا تشتهى فلا تكره اعارتها
لانه يؤمن عليها الفساد ومن هذا يؤخذ انه اذا كانت الجارية شوهاء لا تشتهى وصغيرة لا تشتهى
الصغيرة لا تكره اعارتها كما صرح به الائمة وفي الحلية حكاية وجه في الصغيرة وفي البحر حكاية وجه
في الكراهة مطلقا ثم ما المراد بالكراهة هل التنزيه او التحريم كلام الامام الحج الاول فانه عقب
ذلك بقوله يحرم اعارة العبد المسلم من الكافر فلو كان يريد التحريم لجمع بينهما وهذا ما صار اليه
في البحر للامام قال ومن اصحابنا من قال اذا كانت شابة يخاف منه عليها لا يجوز الاعارة منه
ويحرم وهذه الكراهة كراهة تحريم وما قاله اخرا هو ما ذكره في المهذب وابن الصلاح والعراقي و
والرافعي ونقله ان الشيخ في باب القرض جزم بعدم جواز اقراض من هذا شأنها خشية من الوقوع
في وطء يحرم في معرض الاباحة والمنع هنا اولى لانه ثم شبهة ملك ولا شبهة هنا وعلى هذا ان
كان هو مراد الشيخ ايضا يكون قد اتى بلفظ الكراهة للاقتداء بالشافعي ولفظه وانه كذا انقل
عنه فيها لكن الظاهر الاول فان الاعارة لا يلزم فيها الخلوة المحرمة فلذلك كره ولذلك
جزم الامام بعدم التحريم فيما اذا استخدمها من غير خلوة نعم حيث اطلقت الكراهة بالخلوة بها
في الاستخدام كما صرح به الماوردي فهي محمولة على التحريم كما صرح به الامام والاعادة بحالها
فيه وامتناع اقراض الجارية كان لما ذكرناه من الفرق ثم حيث يحرم الاعارة فلا يتوقف في
صحتها بحثه قال النواوي كان الصواب ان يقول الشيخ من غير امرأة ومحرم ليدخل
المرأة والمحرم بالمصاهرة او رضاع فانه لا كراهة فيهما فرع لو استعار جارية للوطء

لم يصح فان وطئها وطرا ان كان عالما فهو زان وان كان جاهلا تحريم الوطء فهو وطء شبهة موجب للمهر
ويلحق النسب وينعقد الولد به حرا ويلزمه قيمته قال وكان ينبغي ان يجري الحكم فيه في الوطء
المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن اذ لا يظهر فرق بينهما والحكم فيها انه ان كان عالما وجب
الحد على الصحيح وقيل ان مذهب عطا اباحة الجواري والوطء بالاذن يصير شبهة ويلحق بوطء
الشبهة وان كان جاهلا فلا حد ووجب المهر وفي وجهان في قيمة الولد طريقان احدهما
انها كالمهر والثاني القطع بالوجوب لانه لم يأذن في الاستيلاد وهذا يقتضيه ان المرتهن لو
اذن للراهن في الوطء بعد استيلاد قطعي قال ويحرم اعارة العبد المسلم من الكافر
لتحريم خدمته عليه لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واي سبيل اعظم
من الاستخدام ولا يمكن ان يجري القول القديم هنا لان الاعارة لا تقتضي ملكا حتى يؤمر فيه
بالنقل كما يفعل معه فيما اذا استأجره وقال في الوسيط انه تصح الاعارة منه ومراده الكراهة
البرية وانه قال في اوائل كتاب البيع والاولى فيه جواز الاجارة يعني من الكافر كما في الايداع والاعارة
وقد صرح بذلك الرافعي هنا قال والصيد من المحرم اي سواء كان المعير حلالا او محرما
لان المحرم يحرم عليه التصرف في الصيد وامساكه وفي الاعارة منه اعانة على محرم محرمة لذلك
واذا حرمت الاعانة على الحلال فالاستعانة على المحرم من طريق الاولى فرع اذا استعار
فتلف في يده وجب عليه الجزاء وقيمته للمالك ان كان حلالا وكذا ان كان محرما وقلنا لا يزول
عنه وان قلنا يزول ملكه لم يجب عليه سوى الجزاء ولو كان المعير محرما والمستعير حلالا
فلا جزاء عليه والقيمة ان قلنا لا يزول ملك المحرم عنه وان قلنا يزول فلا وعلى المحرم القيمة لتقصيره
بعدم الارسال قاله المحاملي قال ويكره ان يستعير احد ابويه للخدمة للكراهة
استخدامهما لما فيه من تبذيلهما اما لو استعارهما لهذا الغرض بل لتوقيرهما كانت مستحبة
قاله القاضي ابو الطيب والكراهة هاهنا كراهة تنزيه وفي الرافعي في كتاب الاجارة ان الولد
اذا استأجر عين والده للخدمة ففي صحته وجهان كالوجهين فيما اذا اجر المسلم نفسه من كافر
وهذا التشبيه يقتضي التحريم قال وان استعار ارضا للغراس والبناء جاز ان يزرع
لان ضرر الزرع اقل من ضررهما فاذا رضي به فبما دونه اولى ووجهه الامام ذلك بما اذا
وكله بالشراء بمائة فاشترى بخمسين ما يساوي مائة وقيل لا يجوز لانه يرجح الرخص
حكاه ابن يونس وفي المهذب تخصيصه بما اذا استعار البناء ولا خلاف في انه اذا

استعار للزرع لا يجوز له الغراس ولا البناء قال وان استعار ارضا للغراس اي لغرس
الغراس لان الغراس يراد للاقتصار ويطول فيضا على وقت الغرس قال لم يبن وان
استعار للبناء لم يغرس لاختصاص كل منهما بضرر فان ضرر الغرس في الباطن بسبب انتشار
العروق وضرره في الظاهر اقل لانه يمكن الزرع تحته وضرر البناء في ظاهر الارض اكثر لانه لا
يمكن الزرع تحته واذا اختلف لم يملك وضع احدهما موضع الاخر قال ولو قال في التنبيه لم يزرع الظاهر
فاع بمذهب قال وقيل يغرس فيما استعار للبناء ويبني فيما استعار للغرس لان ضررهما
متقارب وان كلاهما يراد للبقاء ويحتاج الى الحفر في الارض وسد الحفر ثقا وما قال
والبس يشبه لما ذكرناه وجزم الجرجاني بهذا الوجه فيما اذا استعار للبناء وجاه مع الاول فيما
اذا استعار للغرس قال وان قال لتزرع الحنطة زرع الحنطة لاذنه فيها وما ضرره ضرر
الحنطة لان رضاه بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثلها وله من طريق الاولى زراعة الشعير الا ان
ينهاه فلا يجوز على ظاهر المذهب لمخالفة الصريح ولا يجوز له زراعة اضر من الحنطة كالقطن
والذرة بلا خلاف قال الامام فان قيل ليس للمستعير ان يعير على ظاهر المذهب وان كان
اسقاط عن نفسه اسقاط [illegible] فلم ليس له ان يبدل زرعا يزرع مثله حرجا على الابتاع
في المعين قلنا لا يستووا الا ان الاعراض تختلف باختلاف واصح الايدي ولا ينال
في المزروع المتساوي ... الا وجوابا فهو ما ابداه القاضي الحسين فيمن زرع اذا قال
ازرع الحنطة فزرع الذرة فان قالوا رد عيناه ... ولبس قالوا استاجر لزراعة
الحنطة فزرع الذرة حيث قلنا على قول للاجر مطالبته بالمسمى وارش النقص اذ صحت
الاجارة ولم يعدل عن جنس الزرع فوان وزان هذا ان يرجع على المستعير بارش النقص
ليس الا لان تسليط المستاجر على الانتفاع بسبب الملك وهو قوي بخلاف المستعير
قال وان قال ازرع ولم يسم شيئا الى اخر هذا من المسمح سائلي ان العارية يجوز للزراعة
من غير تعيين ما يزرع وهو مذهب العراقيين وادعى فيه صاحب المهذب وان في الجواز وجوب
فيها من ...بما وطردوا ذلك في جواز الاعارة مطلقا من غير تعيين بزرع وغيره قال في المهذب
يجوز له اذا قال اعرتك لتنتفع بها ان يزرع وان يغرس وان يبني وهو محمول على ما جرت به
العادة تلك الارض من هذه الانواع قاله الماوردي ولا يكون في هذه الحالة له التسليط على كل
منفعة فيها كما اشار اليه الرافعي وما ذكره هو الصحيح عند غيرهم في مسئلة المسماة بزراعة

وقيل

وقيل لابد فيها من تعيين ما يزرع المعاوف قال الرافعي ولو قيل بصح الاجارة ولا يزرع الا اقل
الانواع ضررا لكان مذهبا والقائل بعدم الصحة عند الاطلاق في الزراعة قائل بعدم الصحة
عند اطلاق الاذن بالانتفاع من طريق الاولى وقد حمل الامام هذا الوجه في هذه الحالة الظهر
والقاضي الحسين على المذهب ولاجله جزم في الوجيز به لان العارية معونة شرعية تجوز لمحله
فلتكن على وجه الحاجة فعلى هذا لو قال اعرتك لتنتفع كيف شئت او لتفعل به ما بدا لك فوجهان
في الوسيط وجه الصحة انه فوض الامر الى مشيئته ويظهر لي ان يكون الصحيح منهما عدم الصحة
فانه جزم بها فيما اذا قال اجرتك لتنتفع كيف شئت حتى يجوز له ان يزرع ويبني ويغرس ويفعل ما
امكن من المنفعة مع ان الاجارة لازمة لا مستند ترك لها وقد حكى في المهذب في مسئلة
الاجارة وجها انها لا تصح اصلا رجعنا الى كلام الشيخ قال ثم رجع والزرع قائم فان كان
مما يحصد قصيلا اي كالشعير والفول ونحوهما عند تناهيه الى الحالة التي يفصل فيها
حصد لان العارية ليست بلازمة لانها مبرة يتبرع بالمنافع المستقبلة فلم يصل بها
القبض فجاز الرجوع فيها كما في التبرع بالاعيان قبل القبض واذا كان له الرجوع ووجد امكان
تفريغ الارض من غير ضرر يلحق المستعير حمل على الهبة والفصيل في كلام الشيخ قال البواري
بمعنى مفصول اي مقطوع فاذا كان كذلك لم يستبعد نطقه قال وان كان مما لا يحصد
اي قصيلا كالذرة ونحوها ترك الى الحصاد وعليه الاجرة من حينئذ لان الزرع محترم وله امد
ينتظر فوجب ابقاؤه بالاجرة الى اوان حصاده جمعا بين الحقين بخلاف البناء والغراس فانه لا
امد له ينتظر فلذلك سلطناه على القلع او القلة كما سنذكره قال الامام وقد اطلق بعض
اصحابنا فقال لا يملك المعير طلب الاجرة لان المنافع صارت في حكم المستوفاة والمستعير
اذا استوفى المنافع لم يلزمه بعدما استوفاه اجرة ونسبه الى العراقيين ونسبه الفوراني في
كتاب الاجارة الى قول القفال وحكى القاضي ابو الطيب وغيره وجها انه يقلع الزرع ويقلع الغراس وهو
ما حكي في البحر ان القاضي ابا الطيب وغيره وجهاً انه يقلع الزرع اجابة ونسب الامام تسليط
المعير على قلع الزرع اذا اجاب مع غرامة ارش النقص الى تخريج صاحب التقريب ونبه على فساد
هذا ما بذل قيمة الزرع لا ارادة تملكه وان لم يصح تركه بان لم يغرم قيمة الزرع قبل الادراك
عسر لان الذي له ان الزرع اذا كان بقلا فعاقبته مجهولة فان تقوم بقلا فهو افساد
واحباط ولئن قوم سنبلا اثر الله فلا يكاد يطلع على هذا وقيمة البناء والغراس يتيسر الحال

فرع لو اقت الاعارة للزرع مدة فانقضت ولم يدرك الزرع فان كان لتقصير المستعير بان زرع ما لا يدرك في تلك المدة فهو كالغاصب وان كان بسبب اختلاف الهوا
قال الامام فلا يقلع وراء المدة ايضا لما ذكرناه قلت ولو خرج على الخلاف في مثله من الاجاره
لم يبعد قال وان قال ازرع الحنطة ولم يقلع الى الحصاد لان العادة جارية بالتبقية
فكان المعير راضيا بذلك فالزم مقتضاه فان قصل الحنطة مما لا يستحصد قصلا فقياس
المسئلة متقدمة هي قوله وان كان مما لا يحصد نزل الى الحصاد فاي فايده في ذكرها قلت
فان الشيخ اراد بذكرها التفسير على ما لا يحصد قصيلا اذا اذن فيه المعير بخصوصه ثم رجع
لا اجرة له كما حكاه القاضي الحسين رحمه الله تعالى عن الاصحاب مستشهدا به لما ادعاه من رجوع عليه باد ان الحصاد
فقد رضي بحبس ارضه مشغولة به الى ملك الغاية وجزم في المسئلة الاولى بالرجوع بالاجرة لان الاذن
مطلقا لم يحصل ببذع ما ينتهي الى هذه الغاية فلم يتقدر رضاه بالبقا اليها قال وان استعار
ارضا للغراس والبناء ملة اي لشهر مثلا جاز ان يغرس ويبني ما لم تنقضي المدة او يرجع فيها وان استعار
مطلقا كان له الغراس والبناء ما لم يرجع فيه اي فاذا رجع لا يجوز له ذلك لانه ملك التصرف بالاذن
فينتفي الى ان يزول وزوال الى بما ذكرناه وانما جوزنا الاعارة مقيدة بزمان وغير مقيدة لانها عطية لا بدل
فيها كالهبة معلومه ومجهوله كالوصية فرع لو اعار للغراس والزرع مطلقا قال في التهذيب
لم يزرع الا زرعا واحدا او غراسا واحدا حتى لو قلعها لم يغرس بدلها الا باذن جديد وحكى القاضي ابو الطيب
فيما اذا اذن له في غرس شجرة فغرسها فانقلعت فهل له ان يعيد بدلها فيه وجهان وجه
الجواز ان الاذن قائم ما لم يرجع وجعل الوجهين كالوجهين فيما اذا اعار حائطا لوضع الجذوع
فسقطت فهل له ان يعيدها قال فان رجع فيها اي بعد البناء والغراس فان كان
قد شرط عليه القلع اي عند رجوعه اجبر عليه لقوله صلى الله عليه وسلم المومنون عند شروطهم قال
ولا يكلف تسوية الارض لانه مادون فيه علم بالتزامه الضمان فيما يحصل به من النقص باستعماله
الثوب قال وان لم يشترط واختار المستعير القلع قلع ولم يكلف تسوية الارض
لان القلع مباح لكون المقلوع ملكه وان المعير في البناء والغراس مع علمه بان له القلع قصد الرضا
بما حصل من الحرث فلم يلزمه التسوية كما لو شرط قال وقيل يكلف ذلك لان النقص حصل
باختياره ولهذا لو امتنع لم يجبر واذا كان كذلك لزمه حتى ليرد العين كما اخذها وهذا ما صححه
الرافعي وصاحب البحر واهمل في المرشد وادعى الامام اتفاق الاصحاب عليه في نظير المسئلة في
كتاب الاجارة ومن ثم اقتصر عليه الاصحاب واختار المستاجر القلع واما الوجه المذكور
الاول
ههنا
فهنا احتمالا لاجل القسمة مع تصريحه بحكايته ههنا فعلى هذا لو قلع المستعير بناه او غراسه
قبل الرجوع في العارية او بعد انقضا المدة المعينة لزمه التسوية ايضا وحكى الامام فيما اذا قلع بعد الغراس جر
العراس في اثنا المدة وجها عن العراقيين انه لا يلزمه التسوية وان كان لو قلع بعد انتهائها لزمه
فيظهر ان يجي مثله ههنا لكن وجه الوجه المذكور بانه تصرف في ملكه وفي الارض التي تحت يده وهذه العلة
مفقودة ههنا قال وان لم يختر المستعير القلع فالمعير بالخيار بين ان يبقي ذلك
وبين ان يقلع ويضمن ارش ما نقص اي ان حصل به نقص بقوم قائما ومقلوعا ويجب ما بينهما
وانما قلنا ذلك لان العارية مكرمة ومبرة فلا يليق بها منع المعير من ماله ولا تضييع مال
المستعير لانه غير ظالم وان ثبت الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير جمعا بين الحقين وبطنا
الامر باختيار المعير لانه الذي صدرت منه هذه المكرمة ولان الارض ملكه وهو اصل في البنا
والغراس فرع تابع لها ولذلك يتبعها في البيع اما اذا لم يحصل بالقلع نقص فليس له الا القلع
وقد حكى في المهذب وغيره من العراقيين والمراوزه ان للمعير الخيار في خصلة ثالثة وهي ان يملك بقيمة
البناء والغراس ليتملكها ويعتبر قيمتها حالة البدل لكن لم يصور العراقيون تخيير احد ممن اعتبار النقصان
بان له طلب الاجرة وسلكوا في ذلك مثل ما قاله الشيخ هنا وحكى الرافعي عنهم وعن القاضي ابي
علي الزجاجي وغيرهم ان المعير يتخير بين خصلتين القلع وضمان الارش والتمليك بالقيمة دون
اختيار التبقية بالاجرة قال وينبغي ان يكون هو الاظهر في المهذب وصرح المراوزة بان له مع
اختيار التبقية طلب الاجرة وهو ما قيد به ابن يونس كلام الشيخ قال الامام وقد نسب
الائمة تخيير المستعير بين هذه الخصال الى ابن سريج وهو مذهب كافة الاصحاب ثم اذا اختار
المعير خصلة من الثلاث يوافقه عليها المستعير فلا كلام وان امتنع نظر فان عين القلع مع غرامة
النقص فعل ودخل الارش في ملك المستعير قهرا وله اسقاطه مالا ذكر ما صرح به الامام هنا
وان عين التبقية باجرة او التملك بالقيمة فالاحسن واجب على المستعير عند المراوزة وقال في البحر من اصحابنا
من قال لا يلزم المستعير بذل الاجرة ولا القلع لان العارية تقتضي الانتفاع من غير عوض وهو
اختيار المزني وهذا غير ما حكاه الرافعي عن العراقيين وان عين بذل القيمة ليتملك فقال
القاضي ابو الطيب وابو الحسين العبادي والغزالي اجبر المستعير على قبولها وظاهر هذا
يقتضي انه يملك ذلك عليه قهرا كما في الشفعة وسيذكر من نص عن الحاملي ما يعضده وقال
لما ورخ هذه الحالة اذا لم يحصل الموافقة فلو بناه وغراسه كان وهو مصرح به

القاضي الحسين وابداه الامام احتمالا ونفعنا احتمالا ايضا وحمل عليه اطلاق كلام الائمة وفي الرافعي
ان من اعير يعني من اصحابنا رضي المستعير في التمليك بالقيمة لا يقطعه القلع بل يكون الحكم
عنده كالحكم فيما اذا لم يختر المعير شيئا مما ذكرناه فيه وحكى الامام عن ابن سريج فيما اذا انقضت
مدة الاجارة والبناء قائم في الارض ولم يشرط عليه القلع ان الاجارة يتخير بين الخصال الثلاث التي
ذكرناها واي خصلة عينها فلم يرض بها صاحب البناء فيقال له اما ان ترضى بها واما ان تقلع بنائك
مجانا وان ما ذكره ابن سريج هو الذي قطع به معظم ائمة المذهب ثم حكى عن الشيخ ابي علي
انه قال فيما ذكره ابن سريج نظر عندي واني اقول اذا عين صاحب الارض خصلة وامتنع منها
صاحب البناء فله ان يقلع بناءه ولا يقلعه مجانا اذ يستحيل ان يحبط عمله ويبطل ملكه بسبب امتناعه
فاما الامتناع منه حتى يصير في حكم من بنى على ارض مغصوبة وبيان ذلك انه اذا قال صاحب
الارض بع مني فامتنع فلا سبيل ان يباع عليه ملكه قهرا ولكن يقال له ان تعنت منه ذلك فذاك
والا فاقلع ولك ارش ما ينقصه القلع قال الامام وهذا فقه ما ذكره الشيخ ابو علي يؤول الى ان
مالك الارض يجبر صاحب البناء على القلع او يغرم له ارش النقص وهو مخالف لقول المعظم وان كان
متجها في المعنى بل له وما قاله الشيخ ابو علي قد صرح بمثله البندنيجي وابن الصباغ فيما اذا
دفع انسان لشخص ارضا ليغرسها بغراس من عنده ليكون الغراس والارض بينهما حيث
قالا ان الغراس محترم في هذه الصورة اذا وقع فلو اراد صاحب الارض قلعه وقال صاحب
الغراس بل اقلعه واغرم لك ارش النقص ان المجاب صاحب الغراس وهذا الحكم فيما لو قال
صاحب الارض انقي الغراس بأجرة وقال رب الغراس بل اقلعه واغرم لك ارش النقص ان المجاب
صاحب الغراس وكما الله ان يسقط عن نفسه غرامة الارش بان يقر بغير اجرة ذكراه في باب
الغراس ولا خلاف ان المستعير لو بذل قيمة الارض ليتملكها لم يجب لانها اصل فلا تتبع
الفرع بخلاف البناء والغراس ولان ملكها اسبق واعلم ان التخيير المستعير في
الخصال الثلاث اذا كان الارض فيهما له اما لو كان للمستعير فيها شيء لم يكن للمعير الا النقصه
باجرة ما صرح به المتولي واعتبار القاضي الحسين في تخيير المعير عند الرجوع ان لا يقع الاشجار
ثمر لم يبد صلاحها اما لو كانت فلا تخيير في الخصال الا بعد الجداد قال في الذخائر ان لها امدا
ينتظر قاله في باب الصلح وعلى ذلك حمل كلام الامام ثم قال والا الامام في باب الاجارة اذا
طلب المالك القلع مع بذله ارش النقص فاجرة القلع على من هذا مما لم يصرح به الاصحاب

من امرهم فيه على تردد والظاهر من كلام المعظم ان ذلك على صاحب الارض لان عليه ما ينقصه القلع
وهو متجه جدا واما النقل والتحويل فعلى مالك النقض بلا خلاف قال [redacted]
وان تشاحا اي بان حلا فامتنع المعير من البذل وطلب القلع مجانا فانه ليس بواجب عليه
وبذل الاجرة لم يجبر المعير على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق والمستعير
ليس بظالم فلم يجز ان يجبر على القلع كالظالم قال الماوردي وفي وجه المشترطان وجب
الافراد ومتى تعذر احدهما نفي القلع واراد المشروط بذل الاجرة وامتناع المعير من
البذل مع طلب القلع وحكى ابن يونس حكاه وجها فيما اذا طلب المعير القلع وغرم ارش وبذل
المستعير الاجرة انه يجبر على القلع وفي المذهب حكاه وجها فيما اذا امتنع واطلق والحكم فيها
دال عليه وهو ما جعله الامام اظهر الوجهين في باب الاجارة وحكى وجها في باب امتناع مالك
الارض من بذل ارش النقص وطلب القلع وامتناع مالك البناء من اجابته ومن بذل الاجرة
ان البناء يقلع ويجب على مالك الارض ارش النقص وحكى في البحر عن بعض اصحابنا ذهب الى ان الارض
والغراس او البناء يباعان عليهما في هذه الحالة ويوزع الثمن على قدر قيمتهما ولعله المصير اليه قد
قدمها في باب الرهن والمذهب عدم الاجبار فعلى هذا هل يجب الاجرة قال الامام في
الاجارة والظاهر الوجوب وعليه ما بعدها ذكره لا خصاص له بالاجارة بل يجري في الاعارة وقال
ما في معناها وقد يحصل من مجموع ما ذكرناه عند طلب المعير القلع بغير ارش وامتناع المستعير
منه ستة اوجه لا يقلع ويجب اجرة المثل لا يقلع ولا اجرة يقلع ويجب الارش يقلع ولا
ارش ان بذل المستعير الاجرة لم يقلع والا قلع يباعان عليهما والكلام الذي يقتضي منهما عدم
القلع والبيع فانه ذكرهما تفريعا على ذلك حيث قال لم يمنع المعير من دخول ارضه اي ان كان
مستظلا بالغراس والبناء لان الاجرة ما هو دخل على اقرار المعير والبناء والغراس الذي
من الشائع ليس بمشغول بملك المعير ولا اجرة عليه لانه فلا يجوز منعه منه وهكذا القول له
له فيه اجرة لم يلزمه قبولها نعم ليس له ان يستند الى شيء من ذلك وان يربط فيه شيئا وحكاه
المحاملي والماوردي والقاضي الحسين قال الا ما في باب الصلح بعد هذا انه يستند والله اعلم
قال [redacted] ولم يمنع المستعير من دخولها للتفرج لانه انتفاع بملك الغير بغير اذنه ولا يمنع من دخولها
للسقي والاصلاح ولقطاف الثمار الا ما لو لم يمكنه من ذلك لا يلقى عليه ماله فلكمنا به الضرر وهو
منهي عنه شرعا وهذا قول ابن ابي هريرة وهو المذهب في البحر والصحيح عند الشيخ والامام

وعن بعضهما حكى هذا اذا تعطلت المنفعة على صاحب الارض بدخوله لا يمكن الا باجرة قاله
في التتمة قال ــــ ويمتنع بيع ذلك لانه انتفاع بملك الغير فلا يجوز من غير اذنه قال
الامام وهذا سرف وشدة ارهاق او هدم البنا وتعطيل الثمار قال ــــ فان اراد صاحب
الارض بيع الارض جاز لحصول الحق له فيها وحكى الامام في باب الاجارة في جواز البيع بعد انقضا المدة
تفريعا على قولنا يمتنع بيع المستاجر وجهين ايهما صاحب العروح (?) وجه المنع ووجهه بان بعض الغراس
فيها مجهوله واستيفاها على بعض الاملاك قيمة الغراس وارش النقص وذلك غير واجب على المعير
ولا على المشتري ثم اذا جوزنا البيع ثبت للمشتري الخيار ان كان جاهلا بالحال وان كان عالما او رضي
بعد العلم ثبت له ما كان للبائع من الخيار بين الخصال الثلاث والمحصل ما صرح به القاضي حسين
هنا وقال في العراقين (?) اذا صححنا البيع لاحدنا المستعير بقلع الغراس واجبرنا البائع على بذل
نقص الغراس لانه من حقوق التسليم فيجبر على مونة التسليم قال ــــ وان اراد صاحب
الغراس بيع الغراس جاز وقيل لا يجوز من غير صاحب الارض هذا الخلاف بناه القاضي ابو الطيب
على ان المستعير هل له الدخول للسقي والاصلاح ام لا فان كان له ذلك صح من الغير لانه يمكن من
تسليمها وتسلمها وان لم يثبت له لم يجز البيع لعدم القدرة على التسليم وبعض هذا المال (?) صحح
البيع ووجه الجاهلي (?) المنع بان ملك المشتري على ذلك غير مستقر فان لصاحب الارض ان يدفع اليه
قيمة غراسه ويملكه فلم يصح ووجه الجواز وهو الصحيح انه مملوك له والتزم ما فيه ان لم يمكن من اسقاط
حقه بالرد ... عنه وهو لا يمنع صحة البيع كما في بيع المشفوع واعلم ان ما ذكره فيما اذا
كان الرجوع في العارية المطلقة بلا خلاف اما الرجوع في المؤقتة فقد اختلف فيها الائمة
فالذي ذهب اليه الجمهور ان الحكم كذلك وذكر الامام عن صاحب التقريب انه خرج لنفسه
وجها لا في ان الحكم في حال انقضا المدة كالحكم في الاعارة التي لا تخصيص فيها اصلا وبعد انقضا
المدة يكون الحكم كما في العارية المطلقة بعد الرجوع وروى الماوردي عن
المزني بعد انقضا المدة القلع مجانا وهذا مذهبه فيما اذا انقضت مدة الاجارة في البنا
والغراس وحكى ابو علي الزجاجي مثل مذهبه في العارية عن رواية الساجي قال
الرافعي وهو اختيار القاضي الروياني والذي رايته في البحر خلافه وقال الامام فقد صار طايفة
من الائمة الى موافقته في مسئلة الاجارة وفي كلام القاضي رمز اليه وحكي عن بعض الائمة موافقته
في مسئلة العارية دون مسئلة الاجارة وقال الفرق ان المؤقت في الاجارة مستحق لاعلام المعقود

عليه

عليه فلم يتعين حمله على اعتبار القلع مجانا بخلاف العارية فانها تصح مطلقة ومؤقتة فانتفى
هذا الاحتمال فيها وكانت فايدة التاقيت القلع مجانا والمذهب الاول فان التاقيت كما
يجوز ان يكون لهذا الغرض يجوز ان يكون للمنع من احداث البنا والغراس بعده او لطلب الاجرة
فلا يسقط حق المستعير بالشك ــــ فرع على مذهب المزني ومن وافقه اذا قال رب الارض ص
انقضت المدة وقال الثاني لم تنقض المدة فالقول قول صاحب الارض مع يمينه حكاه في البحر
عن القاضي ابي علي الزجاجي وفيه نظر فان الاصل بقا المدة ولذلك جعل القول قول المستاجر
في مثل هذه الصورة قال ــــ وان حمل الماء بذر رجل اي حنطة او نوى او غيرهما الى رجل
الى ارض غيره فنبتت فقد قيل يجبر على قلعه اي مجانا لان ملكه حصل في ملك غيره بغير اذنه
فاجبر على ازالته وان لم يكن بتفريطه كما لو حصلت اغصان شجره في هوا غيره وهذا هو الصحيح
في الطرق وعلى هذا لا اجرة على صاحب البذر لما مضى قال القاضي ابو الطيب لانه حصل بغير
صنع منه قال الماوردي وكذا لو حمل الهوا نواسا (?) لرجل الى غيره لا اجرة عليه قال
وقيل لا يجبر اي مجانا بل هو كما لو حصل ذلك باذن المالك ثم رجع في العارية لانه غير متعد
في انباته فاشبه المستعير قال في البحر وعلى هذا اذا قلع لزمه تسوية الارض ولا يخفى ان
الهوا اذا حمل ذلك كان كحمل الماء وقال الماوردي في باب الغصب اصح مذهبي (?) الوجهين عندي
ان يقطوي (?) الزرع بعد قلعه فان كان لقيمة الحنطة او النوى اي ان كان البذر حنطة اجبر على قلعه
وان كان اقل من قيمة الحنطة لم يقلع ويدفع الضرر عن صاحب الارض بالاجرة وان حمل الهوا
او الماء ما لا قيمة له من نواة او حبة او حبات فهي لمالك الارض في وجه ولمالك الاصل في
وجه لانها محترمة لا لاحد فعلى هذا الحكم كما تقدم قال ــــ وان استعار شيئا ليرهنه
بدين فرهنه ففيه قولان اي منصوصان في الرهن الصغير من الام كما صرح به ابو حامد
ومن تابعه والغزالي قال انهما ماخوذان من تردد الشافعي في المسئلة قال احدهما ان حكمه
حكم العارية لانه قبض ملك الغير باذنه لمنفعة نفسه منفردا بها فاشبه عارية كما لو قبضه
للخدمة قال ــــ وان تلف في يد المرتهن او بيع في الدين ضمنه المستعير بقيمته لان العارية
مضمونة بالقيمة واي وقت تعتبر فيه القيمة سياتي الكلام فيه وهذا ما حكاه الجمهور وقال القاضي
ابو الطيب اذا بيعت باكثر من القيمة رجع المعير بما بيعت به لانه ملك الثمن قبل بيعه
فكان كالعين وهذا ما صححه ابن الصباغ والامام وغيرهما قال ــــ والثاني

لان
ان المعير فالضامن للدين في تلك الاعيان فالدم بدليل جواز التصرف فيها وهذا ما حكاه
الجمهور وقال القاضي ابو الطيب ولان العارية ما الصقت منافعها حصل من صاحبها ومن الانتفاع
بها في حال الاستعمال وقد اجمعنا على ان منفعة العين المعار ههنا لصاحبها فوجب ان لا يكون
اعارة واذا بطل كونها اعارة تعين ان يكون ضمانا لانه لا يحتمل غيرهما وهذا هو مختار الشافعي وعليه
نص في الرهن الكبير كما حكاه المسعودي وصححه ووافقه في التصحيح الرافعي وغيره قال
ولا يجوز حتى يبين جنس الدين وقدره وصفته اي من صحة وتكسير وحلول وتاجيل وغير ذلك كما
في الضمان وهل يشترط معرفة الضامن المضمون له والاصح هنا الوجوب وحكي عن القديم انه لجار
السكوت على الحلول والاجل وهذا الكلام من الشيخ فيه اشعار بانا على القول الاول لا نشترط
شيا من ذلك وقد صرح به غيره وقال لا يشترط معرفة المعير المرهون له عنده على الاصح قال
وان تلف في يد المرتهن لم يرجع المعير بشي لانه لم يفوت عليه شي والضامن لا يرجع ما لم يقبض وهذا
الحكم فيما لو تلف في يد الراهن عند الشيخ ابي حامد وكلام الغزالي الذي ذكره يقتضي انه يضمن على
القولين قال وان بيع في الدين رجع بما بيع به لانه القدر الذي غرمه ثم للحالة التي
شرع فيها البيع ماض قال البندنيجي المرتهن يطالب الراهن بوفاء دينه فان لم يوف طالب
ببيع الرهن به فان امتنع باعه الحاكم ومتى باع هو او الحاكم فقدر ما بيع به العين ما ذكرناه
وفي النهاية اذا اراد المستعير بيع العين في وفاء دين دون مراجعة المعير على الاول لم يجد الله
سبيلا ولا يستقل الا بانه محمد قال الامام وطرق ابن القاضي في ان العارية
لازمة على القول باستعمالها انه يجوز بيع الرهن عند الاعسار من غير مراجعة وعلى الثاني
ليس له الانفراد ببيع الرهن ما وجد اصدار اعلى الدين من مال نفسه فان افلس ولم
عن ما في ذمته ساغ الرهن في دينه وان سقط المعير وابدا الرافعي احتمالا لنفسه في جواز البيع
في حال الاعسار بطلب الضامن في حال الاعسار وكانه لم يقف على ما حكاه البندنيجي وقد
بقي من تمام التفريع على القولين مسايل منها هل يملك المعير مطالبة المستعير بفك الرهن
قال الاصحاب ان كان حالا ملك ذلك على القولين جميعا وان كان موجلا فعلى الاول نعم وعلى
الثاني لا لان الضامن لا يملك مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا كان الدين موجلا قبل حلوله
فان قيل حليتم فيما اذا ضمن باذنه وكان الدين حالا خلافا في ان الضامن هل يملك مطالبة
المضمون عنه بتخليصه ام لا ولم يجروه ههنا على قول الضمان قلنا قد فرق الامام
ههنا

ههنا بان الضامن قبل ان يغرم ليس عليه باس الا تعلق الدين بذمته ولا كذلك ما نحن فيه فان
العين المستعارة مستغلة بوثيقة الرهن فكان شبيها بالضامن ما غرمه ومنها لو كان
المستعار عبدا فاعتقه المعير بعد القبض قال القاضي الحسين ان قلنا بالثاني نفذ وفي النهاية
انه مخرج على عتق المرهون وان قلنا بالاول قال القاضي كان بمثابة عتق الراهن المالك للعبد المرهون
مرهونا على الصحيح في ان الرهن لازم قال الامام ومعظم الاصحاب على مخالفته في ذلك فانهم
ضعفوا الرهن وحملوه على قول العارية والرهون والدون على قول الضمان والوجه عندنا
تنزيل العتق على قول الضمان منزلة العبد الجاني الذي يتعلق الارش برقبته ومنها لو جنى
العبد المستعار فعلى الثاني لا ضمان على المعير لان يده ليست يد ضمان على هذا القول قال
الامام فاطلق ما لا يتفرع عليه وان قلنا فهل يجب الضمان على المستعير
فيه وجهان مبنيان على ان العارية تضمن ضمان المغصوب ام لا فعلى الاول تضمن ارش الجناية وهو
الاقيس في النهاية وبه جزم البندنيجي والبغوي وعلى الثاني لا وعلى القولين معا اذا تلف الرهن
في يد المرتهن لا يطالب بشي وكلام الغزالي يشعر بالمطالبة على قول الضمان فانه قال وتحقيقه
هذا العقد لا يمحض بل هو فيما يدور بين المرتهن والراهن رهن محض وفيما بين المستعير
والمعير عارية وفيما بين المعير والمرتهن يترجح عليه مشابهة العارية والضمان وهو عين
ما ساعد عليه نعم حكى الامام تفريعا على مذهب ابن سريج على ان الرهن باطل على قول
العارية باستكراه ترددا في ضمانه وقال الظاهر انه لا يضمن وعلى القولين معا اذا استعار
ليرهن من فلان لا يجوز ان يرهن من غيره وكذلك العشرة واذا استعار ليرهن بجنس او
صفة لا يجوز ان يرهن بغير ذلك ولو عين قدرا جاز ان يرهن بدونه دون ما فوقه فلو
فعل بطل في الجميع في ظاهر المذهب وفي تعليق القاضي ابي الطيب وهو ان يرهن بدونه
دون ما فوقه فلو فعل الذي صار اليه المعظم كما حكاه الامام وجزم به في المهذب وقيل
يبطل في القدر الزايد وفي القدر المادون فيه قولا تفريق الصفقة قال الامام وهذا من
تخريج صاحب التقريب وعلى القولين معا للمعير الرجوع في العين قبل الرهن وبعده
وقبل القبض لانه اذا لم يلزمها في حق المستعير ففي حق المعير اولى وليس له الرجوع
بعد القبض عند العراقيين والقاضي ابن كج والحسين وان كان في الوسط قد حكى
عن القاضي ان له الرجوع في هذه الحالة على قول العارية ان الرهن لا يصح لان العارية

والمضمون عنه لا يبالي بانه [illegible] والمستعير الاول [illegible] على [illegible]

لا تكون لازمة والرهن لازم واجابوه بانها ليست بلازمة هنا وان للمعير مطالبة المستعير
11
بالفك على قول العارية بكل حال كما ذكرناه وعندهم اجاب بان العارية تقتضي
الرد في موضع الاعارة للدفن يحرم المنت فكذلك هنا لان في رجوعه ابطالا للوثيقة كافي جو
الرهن وحكى الامام ان صاحب التهذيب والشيخ ابا محمد من اصحاب القفال صاروا الى
ان للمعير الرجوع على قول العارية من غير فسخ العقد قال وهذا عندي راجع الى ما
صار اليه ابن سريج فان الرهن اذا كان لا يلزم ولا يملك المستعير بيعه في دينه كما ذكرنا فلا اثر
للكلام بصحته وحكى صاحب التهذيب فيما لو كان الدين مؤجلا هل له ان يرجع قبل الحلول وجهين عنه
احدهما نعم كما بعد الحلول والثاني لا لانه اذن وربط به شيئا فصار كما لو اعار للغراس
الى مدة فرع لو قال لمالك العبد ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هذا ولم يقبل
المضمون له قال ابن سريج صح على قول الضمان ونفس الاعارة للرهن وهذا منه تفريع على انه
لا يشترط القبول في الضمان المتعلق بالاعيان تفريعا على ان الضمان من الرهن وان قلنا لا يعتبر في الضمان
المطلق فالرهن يجوز ان لا يعتبر نظرا الى اللفظ فان الشرط قد يختلف باختلاف الالفاظ
وان اتحد المقصود وان المذهب انه لا بد من القبول ولو كان بلفظ الهبة افتقر اليه
على الاصح فرع لو استعار منه شيئا ليرهنه جاز على وجه حكاه الرافعي في آخر
الاجارة عن ابن سريج كما لو استعاره ليرهنه قال وان اعاره حائطا ليضع الجذوع
لم يرجع فيها ما دامت عليها الجذوع ~~لم يرجع فيها ما دامت~~ بحكمه لان الشيء يعني لا ينتفع
بمنزلة وثمرة الرجوع ههنا منتفية فانتفى لذلك وانما قلنا ان الثمرة منتفية لانها تخصص
ملكه ما احدث المستعير بالقيمة او المطالبة بقلعه مع بذل ارش النقصان او يحملها الطلب
الاجرة وكل منها منتف اما التملك فلانه لا يتوصل الى تملك محل الجذوع لانه انما تملك
ما على ملكه وبعضه لا يتصل بل على ملك صاحبه ولا يتوصل الى تملك راس الجذوع لانه لا ينتفع
به وقد يتصرف ما يتصرف ثمنه بقطعه واما القلع مع ضمان ارش النقص فلان الجذع اذا
رفع طرفه من حائط لم يستمسك على الحائط الآخر فيستلزم القلع اجبارا على
ازالة الملك عن ملكه وليس للمعير الاجبار على مثل ذلك الا ترى انه لو اعار حصا من اصل
ثم احصه ليبني بها وغرس لم يملك اجباره على القلع فكذلك هنا واما القلع
مجانا فلانه اذا امتنع القلع مع ضمان النقص لما ذكرناه فمع عدمه اولى مع انه لا

فيه

فيه وهو مراد للبقاء فاشبه البناء والغراس واما طلب الاجرة فلان هذه المنفعة مسامح بها
ولم يجر عادة بمقابلتها بالاعواض ولهذا اجبر عليها في القديم وجوزت للمصلحة لا اعارة لم يمكن
مالك الجدار من الانتفاع به مع بقاء الجذوع بخلاف الارض المعارة للبناء والغراس فان العارية
جارية فاجرة مقابل منفعتها فان الانتفاع بها متعذر بعد ذلك وهذا ما حكى الرافعي انه
مذهب العراقيين وحكى الامام ههنا انه الذي قطع به المعظم وحكى الماوردي وجها آخر انه يجوز
الرجوع فيها وفائدته طلب الاجرة فان امتنع بذلها اجبر بقلعها وهو ما حكاه الامام في كتاب
الصلح عن رواية القاضي عن بعض وحكاه الغزالي عن القاضي وحكي عن المذهب جواز الرجوع
فان فائدته التسليط على النقض بشرط ان يغرم الارش وهو الذي جعله الامام قسيم
ظاهر المذهب والذي رايته في تعليق القاضي الحسين انه لا يملك القلع مجانا بل يملكه مع ضمان
ارش النقص منه وجهان وابداه البغوي بعضهم يرجح الرجوع وانه يخير بين النقض بالارش
وبين طلب الاجرة وفي الزوائد ان صاحب الفروع قال ان البغوي عنده على ذلك حكى الرافعي
تصحيح الرجوع وجعل الاظهر التخيير بين القلع مع ضمان الارش وبين التبقية بالاجرة وقد
رايت في تعليق السنجي في كتاب الصلح ما يدل على ذلك فانه قال اذا وضع الجذوع لزمت
العارية ولم يمكن الرجوع فيها وهذا اصل كل عارية كانت لما يتأبد بقاؤه كالغراس والبناء
لزمت العارية اذا اما وقت على صفة لا يمكن المعير ان يرجع فيها الا بضرر المستعير ولا
خلاف ان للمعير الرجوع في العارية وان وضع الجذوع على الحائط ولد ابعد وقبل البنا
عليه كما صرح به الرافعي والبغوي وابن الصباغ ودل عليه كلام غير من العراقيين
ومنهم الشيخ في المهذب قال لو اعار حائطا ليضع عليها اخشابا ثم وضع عليها لم يملك
اجباره على قلعها لانها تراد للبقاء فلم يجبر على قلعها كالغراس وحكى العراس انه اذا لم ينقص
ثمنه بالقلع وكان له القلع يجب ان يكون هنا مثله والقلع قبل احكام الجذوع بالبنا
لا ينقص فيه وفي الذخائر ان من اصحابنا من قال ليس له الرجوع بعد وضع الجذوع ولم يشترط
وجود البنا وهو الذي حكاه في المهذب ولم يحك سواه انتهى وكلامه يقتضي ان من اطلق الوضع
اراد به الوضع المتصل ولا يكون مقيدا بما لم يحكم بالبناء عليه ولو تامل الشيخ محلي ما نبهت
عليه من كلام الشيخ لم يأباه على ان ما قاله الشيخ محلي اذا جرى على ظاهره امكن
ان يوجه بانه لو الزم ازالة الجذوع عن الحائط المعار استلزم اجبارا على ازالة طرفها

طرفيها الاخر عن ملكه وهو ممنوع واعلم ان ما ذكرناه من تعليل المنع من التسليط على القلع
مع غرامة النقص ومن عدم التملك يقتضي ان الجذوع لو كان طرفاها على حائطين للمعير انه يجوز
ذلك وهو ما حكاه في رفع التمويه في جواز الرجوع وقد حكى الرافعي ان الخلاف في جواز الرجوع في
الابنية التي ذكرناها يجري في هذه الحالة ايضا قال في المطلب يجب ان يعتبر في الاعارة
لوضع الجذوع الموضع الذي يوضع عليه وما يوضع عليه قلت ويشبه ان يعتبر مع ذلك ما ذكرناه
عند ارادة المصالحة عليها بعوض خصوصا على مذهب العراقيين في انها لازمة لا يتمكن من الرجوع
فيها قال فان انهدم الحائط او هدمه اما تعديا عند سلامته او من غير تعد لما يخشى منه ثم
استهدم ثم اعيد بنقضه قال او سقطت الجذوع اي والحائط باق فاعيد مثلها فقيل تعيد
اعتمادا على الاعارة السابقة والاذن اقتضى بقاه على الدوام قال وقيل لا تعيد وهو
الاصح اي الا باذن جديد لان المأذون فيه الاول وقد زال وعزى القاضي لحسين الخلاف فيما اذا
هدم الجدار او قلع الجذوع على الخلاف فيما اذا انهدم بنفسه او سقطت الجذوع وقال الاولى
الاعادة وفي الحاوي ان محل الخلاف في اعادة تلك الجذوع اما اذا اراد اعادة غيرها عند سقوطها
فليس له ذلك وجها واحدا والذي حكاه ابن الرفعة عن القاضي ابي الطيب عند الكلام في مسألة الغراس يرد
عليه ولا نزاع في ان الجدار اذا اعيد بغير النقض الاول لا يملك المستعير الاعادة عليه كما صرح
به ابن الصباغ والبندنيجي والامام وغيرهم وفي البحر قيل لا فرق بين ان يعيده بتلك الآلة او بغيرها
في جريان الوجهين وقال ابن يونس ان الشيخ ابا حامد لم يذكر هذا التفصيل واعلم ان ظاهر
كلام الشيخ يقتضي جواز الاعادة على القول الاول وان منعه المالك منها وتعليل الماوردي يقتضيه
فيما اذا اعيد الجدار حيث قال في باب الصلح في توجيهه لانه صار مستحقا على المالك كما لو كان
الاول باقيا وقال هنا لان العارية اوجبت دوام وضعها فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط
من بنائه فان لصاحب الاجذاع ان يبنيه ليصل الى حقه من وضع اجذاعه فيه وهو ما صرح
به القاضي ابو الطيب في باب الصلح وقال الامام لا ينبغي ان يعتقد خلاف في ان صاحب
الجدار لو امتنع من الاعادة لم يكن للمستعير اجباره وانما الخلاف في انه هل له ذلك من
غير اذن ثان بناء على الاعارة الاولى وعلى ذلك جرى المتولي ووجهه بان المنع من الرجوع في حال
البقاء كان لاجل الضرر وهو منتف هنا فرع لو رأى اجذاعا لشخص على حائط آخر
ولم يعلم هل هي موضوعة بحق او بغير حق حمل على انها موضوعة بحق لان من وضعها واحدا صحح

به

به الشيخ في المهذب والمحاملي والبندنيجي وغيرهم في باب الصلح هنا قال وان اعاره
ارضا للدفن لم يرجع فيها اي بعد الدفن ما لم يبل الميت لان الدفن يراد للاستدامة شرعا
وعرفا فاقتضاه الاذن وفي نبشه هتك لحرمته قال الامام ولان النبش من غير ضرورة حرام
ولو رضي اولياؤه بنقله فعوا منه لانه هتك قال الماوردي ولانه استهلاك لحرمته بالنقل
وليس لصاحب الارض المطالبة باجرة القبر بعد الرجوع في العارية صرح به في المهذب وقال الماوردي
قولا واحدا لان العرف غير جار به والميت لا يملك والا ولياء لا ملك لهم اما الوضع الميت
في القبر ولم يدفن فكلام الرافعي يقتضي منع الرجوع ومؤنة الحفر في هذه الحالة على ولي الميت
ولا يلزم المعير الضمان وكلام الامام يقتضي منع ما ذكره المتولي فانه قال وللمعير الرجوع
قبل اتفاق الدفن فرع لو كان للمعير في تلك البقعة اشجار فاراد سقيها قال الامام
نظر ان كان السقي يخرق موضع الدفن بحيث يبدي من المدفون شيئا منع والا فلا قال
وفيما سواه يرجع اذا شاء ولا ضرر في ذلك قال ومؤنة الرد على المستعير لقوله صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى تؤديه رواه ابو داود ولانه ضامن للعين فكانت مؤنة الرد عليه كالغاصب
ولان العارية بر ومعروف ولو لم تجب مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة
قال فان تلفت العارية اي بغير الاستعمال وجب عليه قيمتها لقوله صلى الله عليه وسلم
لامية بن صفوان وقد قال للنبي صلى الله عليه وسلم لما استعار منه ادراعا اغصبا يا محمد فقال بل عارية
مضمونة مؤداة فوصفها بالضمان عند التلف وبالرد عند البقاء فاذا كانت باقية عند حصوله
ولقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي فاوجب الاداء وهو يقتضي عموم الحالين
من فقد وغيره ولانها عين يرد باختيار منها للمنفعة من غير استحقاق فوجب ان تكون
من ضمانه كالعرض ولانها مضمونة بالرد فكانت مضمونة العين كالغصب وقد روى الربيع او حكى
عن الشافعي قولا في الامالي انها غير مضمونة الا اذا تعدى فيها قال الماوردي وهو وهم في
النقل فان قول الشافعي في الاجارات العارية غير مضمونة الا بالتعدي محمول على احد ثلثة
اوجه اما على سقوط ضمان الاجزاء او على سقوط الاجرة او حكاه مذهب الغير قال
يوم التلف لان الاصل فيما يجب رده رد العين والعدول الى القيمة انما هو لفوات رد العين
وهذا انما يتحقق بالتلف فعلى هذا لو حصلت في العين المستعارة زيادة كالسمن وغيره
في يد المستعير لا يضمنها كذا دل عليه كلام القاضي ابي الطيب في باب الغصب حيث

حكى عن ابن ابي هريرة ان العارية المستعملة فاسدا اذا قبضها المستري ورات في يده ثم ردها
او تلفت انه لا يجب عليه الضمان الزيادة التي حصلت في يده عند رد العين فان تلفت في يده لم يلزمه
قيمتها الا وقت التلف في العارية قال وقيل يجب قيمتها اقصى ما كانت من حين القبض الى
حين التلف لانها لو تلفت في حال زيادة القيمة لضمنها فاشبه المغصوب وعلى هذا لو كانت
العارية من ذوات الامثال وجب فيها المثل وعلى الاول لا صرح به في التتمة والحاوي وقال في
التتمة ان محل الخلاف في الاصل اذا كان ما نقص من القيمة بسبب تغير السوق اما اذا كان بسبب
الاستعمال ولم نذهب الى المذهب القديم تلفت قد تضمن القدر الزائد وهذا ما ... عن الامام من بعد
ومقتضى ذلك الجزم برد القيمة في ذوات الامثال ايضا كما اقتضاه كلام الشيخ هنا لكن ... في
السبب وكلام الماوردي وغيره يقتضي خلافه فانهم قالوا على القول الثاني بضمان الاجزاء بالعقد للعين
فان ضمن العين بالقيمة ضمنها وان لم تضمن العين لم تضمنها وعلى قول اخر انه يجب قيمتها يوم القبض ليسقطها
في المعرض وهو مشهور في طريقة المراوزة وراسي ... من ... العامري الطب وادعى
في التتمة ان محله فيما اذا كانت قيمته اكثر من قيمته يوم التلف اما اذا كانت قيمته يوم التلف اكثر
فقد ادعى انه لا يختلف المذهب انه يضمنها وكلام الجمهور لا ذكر في باب ... يدل على
خلافه والمذهب في الطريقين الاول فانه لو ضمن باكثر القيم او قيمته يوم القبض ادى الى ان يضمن
ما اذن له في اتلافه وهو الاجزاء المستحقة بالاستعمال وقوله قيمتها اذا استحقت به دون
ما اذا تلف بعض على الاصح وعلى هذا ان يضمنها عند رد العين واستخلاص بعض الاجزاء بالاستعمال
كما هو وجه محكي في طريق المراوزة ونسبه الطبري الى ابي العباس قال الامام ويلزم ان يوجب في عاريه
اخرى فان ما ... لا يعتبر قيمته يوم فواته قال الرافعي ومعنى هذا ان من ... قيمته ايضا
القيم ... ان ... القيمة يوم التلف ... الا ان قيمة ما سلف قبل ذلك وذلك ... قال
الامام في باب الشروط التي يفسد البيع والوجه التفريع على الصحيح في ان الفائت بالاستعمال
غير مضمون وقوله اذا استحق الثوب بعد الاستحقاق ثم تلف في يده ففي قول يجب قيمته يوم
التلف وفي قول يجب قيمته ... يوم القبض اما اذا تلفت العارية بالاستعمال
بان انسحق الثوب باللبس ففي الضمان وجهان اصحهما انه لا يجب لا الاجزاء والثاني يجب
لان حق العارية ان يرد فاذا تعذر الرد لزم الضمان وعلى هذا فما الذي يضمن فيه وجهان
احدهما وهو المذكور في النهاية انه يضمن العين بجميع اجزائها واصحهما وهو المذكور في التهذيب انه

يضمن

يضمن في اخر حالات التقويم فعلى هذا اذا انتهى الثوب الى تلك الحالة ليس له استعماله قاله
المتولي والبغوي وتلف الدابة المستعارة بسبب الركوب والحمل المعتاد كانسحاق
الثوب بالاستعمال وبعيدا ... ما تحاق بعض الاجزاء صرح به الرافعي وكذا انكسار السفينة
المستعارة للقتال في القتال صرح به في البحر وفيما جمع من فتاوى القفال انه لو حمل عليها فوق الطاقة
ما تحمل وتلفت من ذلك في يده او يد المالك ضمن وان لم يكن متعديا بما حمل لانه انما اذن في الحمل
لا في الجراحة قال الرافعي وهو قريب من حالة التعدي جواب على وجوب الضمان في صورة
الانمحاق فرع لو شرط في العارية ان يرد عند تلفها اكثر من قيمتها كانت قيمتها ...
فشرط ان يرد عنه ثوبا فان ... الفاضل احدهما هي عارية فاسدة فتكون مضمونة
عليه وهل يستحق فيها اجرة المنفعة فيه وجهان في الحاوي والبحر وهما جاريان في كل عارية فاسدة
والثاني اجارة فاسدة فلا ضمان عليه هذا كله على ما ذكرناه فيما اذا وجدت العارية من المالك
لحاجة المستعير اما اذا وجدت لحاجة المالك كما اذا ارسله في حاجة واعاره دابة
ليركبها في سفره فتلفت في يده لا ضمان على المستعير وكذا لو نفقت في الطريق ومعه دواب
فاركبه دابة ليحفظها له فتلفت لم يضمن ولو وجدت العارية من غير المالك نظر فان كان مستعيرا
فسيأتي حكمه وان كان مستاجرا او موصى له بالمنفعة فهل تكون مضمونة على المستعير كما
لو استعار من المالك اولا لان يده ليست مضمنة فيه وجهان اصحهما الثاني ... القاضي
الحسين القائل ... يده الى ... وعلى المستعير مؤنة الرد ان رد على المستاجر وان رد
على المالك فهي عليه كما لو رد على المستاجر وان استعار من الغاصب وتلف في يده فللمالك
تغريم من شاء منهما اقصى القيم من يوم وضع يده الى يوم التلف ولا يرجع المستعير على المعير
بما غرم من قيمة العين ان قلنا يضمن العارية ضمان الغصب وان قلنا انها تضمن بقيمتها
يوم التلف فكذلك الحكم ان كان ما غرمه قيمته يوم التلف وان كان اكثر من قيمته
يوم التلف فهل يرجع عليه بما زاد على قيمته يوم التلف فيه قولان وهما جاريان في الرجوع
بما غرمه من الاجرة والاصح لا رجوع وهذا اذا كان قد استوفى المنافع اما اذا لم
يستوفها رجع بها هكذا حكاه القاضي حسين في الغصب والمستعير من المستاجر
من الغاصب ان ضمناه كالمستاجر من الغاصب وان لم نضمنه رجع بالقيمة التي غرمها
على المستاجر ورجع المستاجر على الغاصب قال ... وان تلف وللغاصب لا ...

مضمونة فضمن ولدها المغصوبة قال السبكي وليس بشيء قال وعلى لا يضمن لان معنى الضمان
في الام معدوم في الولد بخلاف الغصب كذا ولد العارية لا يكون معارا فانه لا يجوز استعماله
بالاجارة وولد المغصوبة يكون مغصوبا وهذا ما حكاه السبكي في كتاب الغصب والمذهب واجابه و
في المرشد وقال لا فرق في ذلك بين الولد الموجود حال العقد او الحادث بعده وفي
الحلي تخصيص محل الخلاف بما اذا حدث وجزم فيما اذا كان موجودا حال العقد بتسليم
الام ومعها الحشي انه لا ضمان وقد بني القاضي الحسين وغيره هذا الخلاف على ان العارية تضمن
ضمان المغصوب ام لا فعلى الاول يضمن الولد وعلى الثاني يكون حكمه حكم ما لو القت الريح ثوبا
الى داره قال ومن استعار شيئا لم يجز ان يعيره اي من غيره لانه مخصوص بالاخر
المنفعة فلم يجز ان يبيحها كالضيف لا يبيح الطعام قال وقيل يجوز كما يجوز للمستاجر ان
يواجر قال وليس بشيء لان المستاجر ملك المنفعة فملك نقلها كالاعيان بخلاف
المستعير فانه لا يملك المنفعة وانما يستبيحها ما قاله ابن الصباغ في [illegible]
فلا يملك نقل ذلك لا يملك النقل ويجوز له ان يستوفي المنفعة بوكيله ولو استعار دابة
ليركبها زوجته هند لا يجوز ان يركبها زوجته غيرها وان كانت مثلها على احد الوجهين في
العدة اما الاعارة بالاذن فجائزة لكن ان لم يسم المستعير الثاني كان الاول على عاريته
والثاني مستعير منه فله الرجوع فيه متى شاء واذا رده عليه برئ وان سماه المعير
خرج الاول منها وبرئ من ضمانها وليس له الرجوع فيها واذا ردها الثاني عليه لم يبرأ
قاله الماوردي ولا تفريع على مشهور المذهب ان المستعير لا يملك الاجارة وحكى الروياني في
ادب القضاء عن الشافعي ان من استعار دارا كان له ان يؤجرها كما لو كانت مستاجرة
وان اذن له فيه قال انه الاولى ثم قال فان قيل الموجر لا يملك صاحبها استرجاعها
بخلاف المستعار قلنا الموجر يحتمل ان العقد وان انهدم في حال الملك فسقط
منفعتها او بحال يعلمه ويسلم لم يجعل ذلك عليه مع اجارتها فكذلك هذا واليه ذهب
صاحبها احد المستعين من المستاجر بعد ما ثبت العارية في يده كالموجر اذا تلف قال
فان اعاره فهلك عند الثاني يضمن لم يرجع به على الاول لو حوله على الضمان فقد وجد
التلف في يده ولا فرق ان يقول يضمن المستعير اقصى القيم او قيمته يوم التلف او لو لم يكن اذا
كان المستعير عالما بان المعير مستاجر لانه غاصب وان لم يعلم انه مستعير
فحكمه

فحكمه معه كما لو استعار من الغاصب وقد تقدم قال وان دفع اليه دابة وركبها
ثم اختلفا فقال صاحب الدابة اجرتكها فعليك الاجرة وقال الراكب بل اعرتني اي ولم تضمن فانه
فالقول قول الراكب في اصح القولين لانهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب لان
صاحب الدابة يزعم انه ملكها بالاجارة والراكب يزعم انه ملكها بالاستعمال لان المستعير
يملك بذلك والمالك يدعي عليه ثبوت عوض في ذمته والاصل عدمه وهذا ما نص عليه الشافعي في
العارية والقول الثاني ان القول قول المالك وبعضهم يرويه منصوصا والجمهور على انه مخرج
مما نص عليه في كتاب المزارعة فيما اذا اختلف رب الارض وزارعها بعد الزراعة على مثل هذا
البحران القول قول المستعير وهذا القول اختيار المزني والربيع وهو الذي صححه الرافعي
ووجهه ان المنافع مملوكة يصح المعاوضة عليها كالاعيان ثم ثبت انه لو اختلفا في العين بعد
استهلاكها فقال بعتكها وقال المستهلك بل وهبتنيها ان القول قول المالك دون المتلف
وله البدل وهو ما استدل به العراقيون وخالف القائل بالاول في مسألة الهبة كما سبق عليه
في باب الضمان وقد اختار هذه الطريقة ابو اسحاق وابو علي بن ابي هريرة والمزني وابن سريج كما حكاه
الرافعي والجمهور وجعل في الوسيط ما حكاه القولين بناء على الاصلين ادعى ان منال الاصل
وجوب الضمان وذهب ابن سريج كما حكاه الماوردي الى تحرير النص باعتبار العرف فيها لان
العادة جارية باعارة الدواب فان كانت مثله ممن يستعير وجارية باجارة الاراضي فان كان مثله
ممن يملك وقد روى في الرقم ان هذا اظهر عند القفال ومن قال بالاول قال الاعتبار في العادة في
ترجيح المدعي ولهذا اختلاف الزوجين في متاع البيت عادة يقسم ما يليق بالنساء وما يليق بالرجال بينهما
فرع اذا قلنا بالثاني قال الغزالي حلف المالك على نفي الاعارة ولا يتعرض لاثبات الاجارة
والمسمى فانه مدعى فيهما فاذا حلف اخذ اقل الامرين من المسمى او اجرة المثل وقال القاضي والعراقيون
انه يتعرض للاجارة فيحلف ما اعاره وانما اجره بكذا واذا حلف فهل يستحق المسمى او اجرة المثل
فيه وجهان اصحهما وهو المنصوص في الام كما حكاه المحاملي الثاني وقطع الامام بانه يستحق اقل
الامرين ويكون الحلف على اثبات الاجارة ليسقط عن ذمته وبه يحصل ثلاثة اوجه فان حلف عن
اليمين قال العراقيون والقاضي الحسين بتعليقه لا ترد على الراكب لانه لا يحصل بها شيئا وفي
الوسيط حكاية عن القاضي انه يحلف وفائدته دفع الغرم وهو اقرب من الفقه بالنكول وان قلنا
يحلف الراكب برئ وان نكل حلف المالك واستحق المسمى قال الماوردي والشيخ وجها واحدا

وقال المحاملي والقاضي الحسين فيه الوجهين السابقان لكن الاظهر هنا في تعليق القاضي الحسين
هنا استحقاق المسمى ولا خلاف في ان هذا التنازع لو وقع قبل مضي مدة يسوف منفعتها ان
القول قول الراكب في نفي ما يدعيه عليه من الاجارة المستقبلة ولو وقع هذا الاختلاف
والدابة قائمة فان قلنا بالثاني استحق الاجرة دون القيمة لانه لا يدعيها الا انه هل يحتاج الى اليمين
نظر ان كانت القيمة والاجرة سواء او كانت القيمة اكثر فوجهان بناء على اختلاف الحجة
وان كانت الاجرة اكثر فلا يستحق القدر الزائد الا بيمين وفي القدر المساوي الوجهان وان قلنا
بالاول فعلى هذا فللمالك اقل الامرين من الاجرة والقيمة اولا فيه وجهان احدهما نعم
لاتفاقهما على استحقاقه فعلى هذا لا يحتاج الى اليمين والثاني لا لانه لا يدعي القيمة ولا يستحق
الاجرة فان ــــــ وان قال صاحب الدابة اعرتكها وقال الراكب بل اجرتنيها فالقول قول صاحب
الدابة ان كانت الدابة قد تلفت في يد الراكب او هي باقية ولم يمض المدة التي ادعى الراكب وقوع
عقد الاجارة عليها فيما مال الغير اذا تلف في يده فالظاهر ان اليد امانة ولم يمض حال
قيام الدابة يحتاج الى اليمين على نفي الاجارة وفي حال تلفها نظر ان كان ما اعترف به الراكب من
الاجرة اقل من قيمتها او لم يكن مضت مدة لمثلها اجرة فلا بد من اليمين لاجل استحقاق القيمة
وان كانت القيمة مثل ما اعترف به الراكب من الاجرة او اقل فهل يستحق المالك قدر القيمة من غير يمين او لا
فيه وجهان ولا نزاع في انه لا يستحق القدر الزائد على القيمة الا ان يحلف بنفسه اما لو كانت
الدابة باقية وقد انقضت المدة فلا يظهر لهذا الاختلاف فائدة فان ــــــ وان قال صاحب الدابة
غصبتني وقال الراكب بل اعرتني فالقول قول الراكب لان المنافع قد تلفت وليست ملكه والمالك
مدعي عليه عوضا والاصل براءة ذمته ولان الظاهر من اليد انها بحق ومدعي الغصب مدع خلاف الظاهر
فيكون القول قول صاحب اليد وهذا ما نقله المزني وقال الشيخ ابو حامد انه منصوص الشافعي في
الام ووجهه بما ذكرناه وفي المسئلة طريقان كما في المسئلة الاولى ان المالك يدعي الاجرة هنا
كما يدعي المسمى هناك والراكب ينكرها والاصل براءة الذمة وهذا من تخريج ابن سريج وجعله الرافعي
الاظهر وقيل ما نقله المزني غلط والقول قول المالك قولا واحدا لان المالك لم يساعد على ان
المنافع تلفت في يد المعير بخلاف المسئلة الاولى وهذا ما صححه ابن الصباغ وقال القاضي ابو الطيب
في احد بابي الاجارة ان الربيع قال ما نقله المزني مرجوع عنه وادعى العراقي ان على هذا
الطريق اكثر الاصحاب وانه الاولى ولا نزاع ان القيمة تجب في هذه الصورة عند التلف من غير يمين

اذا

اذا قلنا ان المستعير يضمن ضمان المغصوب او قيمته يوم التلف وكانت الاجرة مساوية لقيمته يوم
القبض اما اذا كانت قيمته يوم التلف اقل وقلنا لا يضمن المستعير سواها فله اخذها بغير يمين
وهل يستحق القدر الزائد ان جعلنا القول قول المالك استحقه مع اليمين والا فلا ولا يظهر
ثمرة الخلاف في الاجرة ايضا ولو قال المالك غصبتها وقال الراكب بل اجرتني فالقول قول المالك
لان الاصل عدم الاجارة لكن ان كانت الدابة باقية فلا بد من اليمين لاستحقاق القيمة وان كانت
تالفة فذلك ان لم تمض المدة فلا وان كانت قد انقضت فهل يستحق اجر المثل بغير
يمين نظر ان كان قدر المسمى او اقل استحقها من غير يمين وان كان اكثر فلا بد في استحقاق
القدر الزائد من اليمين وهذا هو الصحيح وفي الرافعي الصحيح قول من قال في المسئلة الاولى ان
المصدق الراكب عند هلاك الدابة ومضي مدة لمثلها اجرة ولو قال المالك غصبتني وقال صاحب
اليد بل اودعتني قال الرافعي حلف المالك على الاصح واخذ القيمة ان تلف المال واجرة المثل ان
مضت مدة لمثلها اجرة وفي البحر في هذا الباب لو كان ابا حنيفة قال ولو قال رجل اخذت من فلان الفا
وديعة وقال المالك بل غصبا فالقول قول المقر ومن اصحابنا من قال لا يقبل هذا التفصيل والقول
قول المقر في الصورتين وقال لا يقبل عندي المذهب كما قال ابو حنيفة لانه اذا قال اخذت فقد اقر
باخذه وهو فعل من جهته ثم ادعى الاذن في الاخذ والاصل عدمه وما قاله بعض الاصحاب
هو ما حكاه القاضي الحسين في باب الوكالة والذي اورده صاحب الاشراف فنقول ان القول
قول المقر لان المالك ادعى الضمان عليه وهو انكر والاصل فراغ ذمته عن الضمان وخرج من
عهدته وجها انا نقول قول المالك بناء على تقابل الاصلين فيه وفرق بين ما نحن فيه
حيث جعل القول قول المقر وبين ما اذا ادعى المالك الاعارة والمقر الاجارة حيث جعل
القول قول المالك وان المقصود من الاجارة تمليك العوض المسمى فيها وحكم الامانة تابع
فاذا سقط المتبوع من جهة ان الاصل عدم العوض سقط التابع في ضمنه بخلاف عقد
الوديعة فان الحكم المقصود فيه هو الامانة والاصل عدم الخيانة ويستصحب الى ان يعلم خلافه
قال
الى هذا الفرع في باب الاقرار ان شاء الله تعالى لان الاصحاب ذكروه ثم فليطلب منه
وان اختلف المعير والمستعير في رد العارية فالقول قول المعير لان الاصل عدم الرد
مع ان المستعير قبض العين لمحض حق نفسه والله اعلم ويختتم الباب بفروع تتعلق به
لو قال اعرتك هذه الدابة بشرط ان تعلفها والدار بشرط ان تطين سطحها فهي اجارة فاسدة

لا يضمن المعير منها ولذا لو قال اعرتك داري لتسكنها بعشرة دراهم او لتعيرني ثوبك شهرا فهو اجارة فاسدة وهذا انما عاريه فاسدة نظرا الى اللفظ ان اذا ارتدت من اعاره المسح في الطريق تقربا الى الله تعالى فهي عارية دابدا الامام فيها احتمالا لاحتمال العراقي وجها الظهر انه لا يضمن كالوارثه لخاصة وهو قريب مما حكاه المتولي في الغصب فيما اذا اوصى للغاصب بمنفعة المغصوب ومات فيقبل ان مراعلي وجه من ضمان الغصب كالواجد للمغصوب موجها ذلك بان المقصود من الوصية الثواب وقد يحصل له وعكس الموصى له المنافع كالاجارة وعلى الاول اذا ارتد به حلفه وعلى لم ارتف نصف الضمان ورا الامام انه لا يطرد من سببها ما لضيف وعلى الاول لو وضع متاعه على دابة غيره وامره ان يسير الدابة ففعل كان صاحب المتاع مستعيرا من الدابة بما عليها من متاعه ولو لم يعل صاحب المتاع سيرها ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيرا ودخل المتاع في ضمان مالك الدابة اذا استعار دابة ليركبها الى موضع فجاوزه فهو متعد من وقت المجاوزة وعليه اجرة المثل لها ذهابا ورجوعا الى ذلك الموضع وفي لزوم الاجر من ذلك الموضع الى البلد الذي استعاره منه وجهان وجه المتبع انه مادون له من جهة المالك ووجه اللزوم ان ذلك الاذن قد انقطع بالمجاوزة وعلى هذا فليس له الركوب من هذا الموضع بل يسلمها الى حاكم الموضع الذي يستعار اليه اذا استعار من انسان شيئا وسلمه في طرف ملك الطرف يد المستعير فهل يكون مضمونا عليه ضمان العارية فيه وجهان اصحهما في الرافعي في كتاب الاجارة الضمان ويقرب منه ما حكي عن الشيخ ابي عاصم ان المهدي اليه اذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة اليه حيث جرت العادة باستعماله كاكل الطعام من القصعة المبعوث فيها كان عارية لانه منتفع بمال الغير باذنه ويقرب من ذلك ايضا ما حكاه القاضي الحسين فيما اذا اخذ من يتنفس كوزا فسقط من يده الاخر وتلف كانت عارية ان شرب منه في كل جمعة حبس فانه لا يضمنه على المذهب لكونه امانة ووجه انه عارية اذا استعمل المعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع لم يلزمه الاجرة وكذا ذكره الرافعي عن القفال قلت [redacted] ويحتمل ان يخرج على ما اذا رجع المبيح للثمار بعد ما علم المباح له وفيها خلاف نظير احدها مثل ما ذكر القفال هنا وهو ما جزم به الغزالي في القسم والثانية انه تحريم المباح لمتناوله بعد ما رجع ومر ان كان في مسلة عزل الوكيل في غيبته السبح اي محمد الناسي عن ابي طلحة الصيدلاني لحرم بالغرامة لان الغرامات لا فرق فيها بين العلم والجهل وان هذا قال الامام فيما حكى الرافعي في باب القسم اذا مات المستعير

وجب

وجب على ورثته الرد وانه لم يطالب المعير لان الرد واجب بخلاف الوديعة والله اعلم

باب الغصب

العصب مصدر غصبته اغصبه بكسر الصاد غصبا واغتصبه وغصبته على الشيء وغصبت منه والشيء مغصوب وغصب وهو في اللغة اخذ الشيء ظلما مجاهرة لا سرا فان اخذه من حرز سرا سمي سرقة وان اخذه مكابرة في صحرا سمي محاربة وان اخذه استلابا سمي اختلاسا وان اخذ من شيء كان مؤتمنا عليه سمي خيانة كذا قاله في البحر واختلفت عبارات الائمة في ضبطه شرعا فقيل الاستيلاء على مال الغير على جهة التعدي وقيل الاستيلاء على مال الغير بغير حق واختار الامام هذه العبارة لانها اعم من الاولى ولا حاجة الى التقييد بالعدوان بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان كان المودع اذا لبس الثوب المودع ظانا انه ثوبه او اخذ المودع ثوبا ظانا انه ثوبه فكان غيره فانه يضمنه ضمان المغصوب وقيل كل مضمون على ممسكه فهو مغصوب حتى المقبوض بالشراء الفاسد واختار الرافعي الاول وقال الناس فيما ذكره من الصور حكم الغصب لا حقيقته واختار النواوي انه الاستيلاء على حق الغير عدوانا وقال انه احترز بقوله عدوانا عن الاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام وعن الاستيلاء على مال الغير الذي في يد الغاصب ليرده الى مالكه على احد الوجهين وهو الموافق لنص الشافعي فيما اذا انتزع مال المسلم الذي في يد الحربي ليرده على المسلم حيث قال انه لا يلزمه الضمان لا حكاه القاضي الحسين واخرج بذكر الاستيلاء اخذ المال على وجه الخفية سرقة او اختلاس فان الاستيلاء كما قال الحلي ينبئ عن القهر والغلبة وانه لا يقال استولى على الشيء الا ان كان له مضاد يمانعه وان ذلك حقيقة اللفظ في اللسان قال النواوي ولا يصح قول من قال على مال الغير لانه يخرج عنه الكلب والسرجين وجلد الميتة وخمر الذمي والمنافع والحقوق والاختصاص قلت [redacted] ومقتضى الحدود فيها انه لو ركب دابة الغير او جلس على فراشه ولم ينقله انه يكون غاصبا وهو احد الوجهين في النهاية والذي صححه الرافعي وحكي في البحر ان القاضي ابا الطيب قال في مسلم الدابة لا اعرفها لاصحابنا والذي عندي انه لا يضمن لان ضمان الغصب عندنا معتبر بضمان القبض في العقد والقبض في العقد في الدابة نقلها او تحويلها ولذلك هاهنا ولذلك اذا وضع يده على ثوب انسان بغير اذنه لا يضمن وفي الحاوي ان الغصب هو منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق فاذا وجد ذلك تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله ام لا وهذا تخريج مما اذا دفع العبد الغير شيئا ليوصله الى سيده بغير اذن مالكه وقد جزم

العامي حسبس في اهاب اللقيط انه يصير غاصبا لان مثل هذا يدخله في ضمانه بالعارية
وما يضمن في العارية يضمن في الغصب وطرد ذلك فيما اذا استعمله في شغل نفسه والاصل في
تحريم الغصب من الكتاب قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وهو من الباطل وقوله
تعالى انما السبيل على الذين يظلمون الناس والغصب من جملة الظلم لان حقيقة الظلم وضع
الشي في غير محله ومن السنة ما روى البخاري عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم من اخذ
من الارض شبرا بغير حق خسف به يوم القيمة الى سبع ارضين وما روى مسلم عن سعيد بن
زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع شبرا من الارض ظلما طوقه الله من سبع
ارضين وروى انه صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع ان دماءكم واموالكم حرام الى ان تلقوا
ربكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا الا هل بلغت اللهم اشهد فمن كانت عنده
امانة فليودها الى من ائتمنه عليها ايها الناس انما المومنون اخوة ولا يحل لامرئ مال اخيه الا عن
طيب نفس منه الا هل بلغت اللهم اشهد وقال الماوردي وقد اجمعت الامة على ان من فعله
مستحلا له كان كافرا ومن فعله غير مستحل كان فاسقا قال اذا غصب اي من يجري
عليه احكامنا شيا له قيمة ضمنه بالغصب اي عند التلف ولزمه رده اي عند البقاء والتمكن
منه وان لزم عليه اضعاف قيمته لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تودي وذلك
يشمل عموم الحالين من بدل وعين وقيل اذا احتاج في رد الطعام المغصوب الى مونة تزيد عليه
لم يلزمه رده وكان عليه المثل وهكذا الحكم فيما لو بدد ما يمكن من جمعه الا بمونة كثيرة كما
صرح به الماوردي ومتى رد المغصوب بعينه من غير نقص فيه بري وان نقصت قيمته بسبب
انخفاض الاسعار وقال ابو ثور يضمن ارتفاع الاسواق مع الرد كما يضمنه مع التلف قياسا
على السمن وحكى الموفق بن طاهر انه من الاصحاب من يوافقه وقال الامام انه منقاس واحتج
الاصحاب عليه بانه لو غصب مثليا او تلف في يده يؤدي من مثله وان كان الغصب ومن
الاصل فاولى ان يرد العين بنفسها واجابوا عن السمن بان الذاهب منه ملك
المغصوب منه فضمن بدله وزيادة السوق ليست ملك المغصوب منه فلذلك لم يضمنها
ثم المردود عليه هو المالك او وكيله في ذلك ولو كان الغصب من يد المودع عنده او المستاجر
او المرتهن والعدل الذي وضع الرهن تحت يده فرد المتعدي على المذهب وفيه وجه حكى في
الرافعي في كتاب الرهن انه لا يبرأ الا بالرد على المالك او تجديد للعدل في اخذه ولو كان الغصب

من

من يد اللقيط لم يبر بالرد اليه ولو كان في يد المستعير او المستاجر ثم رده اليه ففي البراءة وجهان
لانهما ماذون لهما من جهة المالك لكنهما ضامنان ذكرهما الرافعي في كتاب الرهن قال
وان كان خيطا خاط به جرح حيوان لا يوكل وهو مما له حرمة اي كالادمي المصان الدم والبغل
والحمار ونحو ذلك وخيف من نزعه الضرر لم يلزمه الرد لحرمة الحيوان فانها اعظم من حرمة المال
بدليل انه يجوز اخذ مال الغير بغير اذنه لحفظ الحيوان على المذهب ولا يجوز لحفظ المال وايضا
فان حق المال يجبر بالبدل وحق الحيوان لا جابر له ومن قال انه لا يجوز اخذ مال الغير لحرمة
الحيوان كما حكاه بحكي وجها في باب النفقات فهل لا يقول بمثله هنا لانه يغتفر في الدوام ما
لا يغتفر في الابتداء والمراد بالضرر فوات النفس او العضو لذا شدة الطعم وابطا البرو
والزيادة في المرض على احد الوجهين كما في التيمم حسبه حصول ذلك باستعمال الماء والبحر
حد شيطر ببقه فاطعه بعلم النزع عند خوف الزيادة في المرض والذي ذكره الرافعي ضابطا لذلك
خوف كل محذور يجوز العدول من الوضوء الى التيمم وفاقا وخلافا وقال الامام لو ترتب التقدح وجهان
احدهما ان ترك الخيط اولى لعظم القيمة مقاصه والثاني ان النزع اولى لتعلقه بحق الادمي المحض
على التضييق اما اذا كان الحيوان لا حرمة له كالخنزير والكلب العقور ونحوهما نزع وكذا ينزع
من المرتد عند المسيح والزوائد الماوردي وحكى عن فيه وجهين وقال البعض لكن اساس غير
الادمي لا يقيد بالعاصي الرجوع وهو ان الوجه الذي حكاه عن رواية يحلي في ابتدا الحال
فرع اذا مات الحيوان هل ينزع الخيط اذا كانت له قيمة سطران كان ادميا وايس
الشيخ حسما للقلع وان لم يوثر او كان غير ادمي قلع واطلق الامام حكاية وجهين في
جواز النزع من الادمي وصحح وجه النزع وقال في البحر الاصح انه لا ينزع بحال وخرج المتولي
على هذا الخلاف اذا خيط به جرح الزاني المحصن والمحارب قال وان خاط به جرح
حيوان يوكل اي وهو ملك الغاصب ففيه قولان احدهما وهو الذي رواه الربيع وجوب
النزع لانه يمكنه بسبب مباح فكان كالسراج يدخله السلك والثاني وهو رواية حرملة
وظاهر ما نقله المزني والمذهب في البحر وتعليق البندنيجي انه لا يجب لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن ذبح الحيوان الا لماكله وقال عليه السلام من ذبح عصفورا بغير حقه يحاسب
بها قيل وما حقها قال ان يذبحها لماكله فعلى هذا يغرم القيمة للحيلولة اما لو كان الحيوان
ملكا لغير الغاصب فلا ينزع وجها واحدا فرع اذا ذبحت بهيمة في المسروق

فابتلعت جوهرة سطوان لم يكن مالكها معها لم يضمن ولم يجب على صاحب الدابة لمالك الجوهرة
وان كان معها ضمن سوا كانت البهيمة شاة او بعيرا وقال ابن ابي هريرة ان كانت بعيرا ضمن
او كانت شاة فلا والفرق ان العرف في البعير القعود ولزمه منعه ومراعاته والعرف في الشاة
السكون فلم يلزمه منعها ومراعاتها ثم اذا قدر على رد الجوهرة ردها واخذ من بدله ولو ادخلت
البهيمة راسها في قدر لغير مالكها بحيث لا يمكن اخراجها الا بكسر القدر او ذبح الحيوان سطوان
كان صاحب البهيمة معها لم يكسر الا ان كانت البهيمة لا تؤكل كسر القدر او ذبح الحيوان
ظاهرا في كان على صاحب البهيمة ضمانها فيه وجهان وان كان صاحب القدر متعديا لم يكسر الا ما لو اوجب
كسر القدر وهو هدر وان لم يكن واحد منهما متعديا فالحكم كما لو كان صاحب البهيمة متعديا لانه
خلص ملكه وان كانا متعديين فان كانت البهيمة غير ماكوله كسرت القدر وعلى صاحب البهيمة
نصف ارشها والنصف الثاني هدر وان كانت ماكوله وقلنا لا تذبح فكذلك الحكم وان قلنا تذبح
فتنازعا فقال صاحب القدر اذبحها وانا اغرم لك نصف ما ينقص بذبحها وقال صاحب البهيمة
بل اكسر القدر وانا اغرم لك نصف ارشها قال الماوردي لا يجاب البادي منهما بطلب التخليص
ويجاب الاخر ولو امسكا عن التنازع حتى يطاول بها الزمان اجبر صاحب البهيمة على ذلك وهو
القول في فصيل دخل دارا وكبر فيها حتى لا يقدر على الخروج من بابها الا بهدمه وفي ابو ... عجيبه
دخلت في انا فكبر فيه ولم يخرج الا بكسره قال وان كان لوحا فادخله في سفينة
وبلغ اللجة وكانت بحيث لو نزع لهلكت وما فيها وفي السفينة مال لغير الغاصب اي ولم
يعلم صاحبه حاله وضعه المال فيها بالغصب قال او حيوان اي محترم لم ينزع لحرمة
المالك والحيوان مع ان لذلك امدا ينتظر وله المطالبة بالقيمة للحيلولة اما اذا كانت
السفينة على الشط او بقربه في موضع لا يخاف فيه نزع قاله الماوردي ولو علم صاحب المال بغصب
اللوح الذي فيها ان وضع ماله في السفينة فان كان كمال الغاصب صرح به في الهلاك ولو
كان الحيوان غير محترم كان الامر كما لو لم يكن فيها قال وان كان فيها مال للغاصب
فقد قيل ينزع كما يقلع ساجه لرد الساجة وان تصور هذا هو الاصح عند الامام وقيل
لا ينزع لانه يمكن الرد مع سلامة المال اذا جاءت الى الشط بخلاف الساج وهذا هو
الاصح عند ابن الصباغ وغيره والخلاف يجري فيما لو لم يلج السفينة شيء ولو نزع اللوح
لتلف وكانت للغاصب وفي الحلية حكاية وجه ان اللوح ينزع سوا كان المال لغير الغاصب

وكانت

وكانت في اللجة او لا فرع لو اختلطت السفينة التي فيها اللوح بعشر
سفن للغاصب ولم يتوصل الى اللوح الا بهدم جميعها فان يكون ممنا عليه فوجهان احدهما
يهدم جميعها والثاني لا الا ان يعين اللوح لانه لا يجوز ان يستهلك مالا يتعين التعدي
فيه قاله الشيخ في المهذب وعن ... السفينة واحد السفن ... قال
ابن دريد فعيلة بمعنى فاعلة لانها تسفن الماء اي تقشره واللجة والبحر معظم الماء ومنه قوله
تعالى في بحر لجي قال وان ادخل ساجا في بنا فعفن لم ينزع لان فيه اتلاف مال
يعرف بابه وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال ويطالب الغاصب بقيمته وهذا الحكم
في الخيط اذا كان لا يخرج الا متقطعا فلا ينتفع به لا ينزع اما اذا لم يعفن الساج نزع وان
تلف على الغاصب بسببه اضعاف قيمته لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق ويطالب باجرة
مثله ان كان لمثله اجرة وكذلك ارش نقصه ان نقص ولا فرق في ذلك بين ان يكون ما بني عليه
ملكا للمسجد او غيرها وحكي عليه بعض الشارح عن بعضها للمسجد وان كان في المطوع
بما قال الماوردي ... الساج بالسين المهملة وبخفض الجيم نوع من
الخشب عفن بكسر الفا قال وان تلف المغصوب عنده اي بافة سماوية او اتلفه وكذا
لو اتلفه اجنبي بسبب قصاص جرى بسبب في يد او غيرها قال وان كان له مثل
ضمنه بمثله لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولانه اقرب الى الجبر
ولا فرق في ذلك بين ان يكون المثل مثل قيمة الاصل او انقص كما اذا كان الاصل يساوي عشرين
وقيمة المثل يساوي خمسة لان الرجوع الى المثل رجوع الى المشاهدة والرجوع الى القيمة رجوع
الى الاجتهاد والمشاهدة اقوى من الاجتهاد وكذا الحال في البحر وعن ... لو كان الاصل
قيمة عند الغصب والمثل لا قيمة له عند الرد كما اذا غصب ماء في برية ثم ظفر به على الشط
فان المطالبة هاهنا بقيمة البرية حكاه المتولي ونقله الامام عن شيخه هاهنا وعن نص
الشافعي في باب ما يفسد الماء اذا اجتمعا في بلد البرية او في مثله بذل الحب
رد المثل او استرداد القيمة فيه الوجهان المذكوران في القيمة الاول فرع
لو تراضيا على اخذ القيمة مع وجود المثل فهل يجوز فيه وجهان بناهما الماوردي
على الوجهين في جواز اخذ ارش العيب مع القدرة على رد المعيب واصحهما الجواز
... ما حد المثل اختلف الاصحاب فيه فقيل كل ما يقدر بالكيل او الوزن

لان التقدير يدل على تفاوت الاجزا وهذا ما نسب الى الشيخ اى محمد والى النص
اخذا من قوله في المختصر وما له كيل او وزن فعليه مثل كيله او وزنه وقد ابطل هذا الحد
بالمعجونات والمعروضات على النار فانها ليست مثليه مع اندراجها فيه وقيل كل مقدر
بالكيل او الوزن يجوز السلم فيه لان السلم يثبت بالوصف في الذمه والضمان يثبت فيها لانه
مثبت في الذمه وهنا يدخل الملاعق وصحاف الميزان وهي غير مثليه مع اندراجها
فيه وقيل مقدر بالكيل او الوزن يجوز السلم فيه ويجوز بيع بعضه ببعض فيما لا المتشابه
الاصلين في قضيه التماثل وهو ما ذكر عن القاضي ابي الطيب وحكي عن القفال وابتعض
الفوراني على صاحبته وكذا البغوي لم يحك سواه عن المراوزه وقال الغزالي هاهنا وهذا
تخرج منه الرطب والعنب واخراجهما من المثليات بعيد وان كان قد قال في باب الزكاه
ان الرطب من ذوات القيم على الصحيح . وقال القاضي انه يدخل العمائم والملاعق والمعارف
المتخذة من الصفر والنحاس فانها موزونه ويجوز السلم فيها ويباع بعضها ببعض وليست
مثليه قال الرافعي لكن قد مر في باب السلم ان العمائم ونحوها لا يجوز السلم فيها لاختلافها
وانما الجواز في الاسطال المربعه والظروف المصبوبه في القوالب فان كان الالزام بمثلها
فلا بعد من صار الى العبارات الثلاث طرد فانها ولا يحكم بانها مثليه قلت ما قاله
في منع السلم في العمائم ونحوها هو ما صار اليه الشيخ ابو حامد وقد حكيته ثم عن القاضي ابى الطيب
انه قال يجوز السلم فيها وانه حكاه عن نص الشافعي في الام وحينئذ يجيء السؤال فصح على
النص ولا يمكن من قال به ان يقول العمائم والملاعق مثليه نعم قد يجاب عنه بان القائل بجواز
السلم فيها لا يشترط ذكر الوزن فيها كما ذكرناه في موضعه واذا كان كذلك فقد خرجت من
الحد لكونها غير موزونه فانه قد يقال المعتبر كون الشي موزونا ان يكون الوزن معتبرا فيه اذا
بيع وقيل المثلي هو الذي يقسم بين الشريكين من غير حاجه الى تقويم قال الرافعي ولكان يقول
هذا يشكل بالارض المستويه ومن الاجزا فانها تقسم وليست مثليه وقيل ما لا تفاوت اجزاوه
ولم تتفاوت قيمته وهذا ما وقعت عليه في تعليق القاضي ابى الطيب وهو يدخل الرطب والعنب
والدقيق وقد صرح عند الكلام في خلط الدقيق بالدقيق انه مضموم وحكى الامام عن العراقيين
انهم رأوا الرطب والعنب والدقيق مثليات ونسب الرافعي الى العراقيين انهم قالوا المثلي ما
تختلف اجزا النوع الواحد منه في القيمه وربما قالوا في الجرم والقيمه ونقرب منه قول من قال

المثليات

100

المثليات من مسائل في الحلقه معظم المنفعه وما احتاج الامام وهو يتساوى الاجزا
في المنفعه والقيمه فرد النظر الى المنفعه وعلى ذلك جرى في الوسيط وزاد من حيث الذات
لا من حيث الصنعه وقصد به الاحتراز عن الملاعق والمعارف وصحاف الميزان المتساويه
قال الرافعي ولك ان تقول المعارف ونحوها لو وردت على الضابط المذكور فاما ان ترد
لتماثل اجزائها وهي ملعقه او لتماثل اجزاء جوهرها فقط والاول ما تحيل لان اجزا الملعقه
غير متماثله في المنفعه واما الثاني فالصفر الذي هو جوهر الملعقه اذا كان مثليا كان متماثل الاجزا
من حيث الذات لا الصنعه قال والاحسن ان يقال المثلي كل ما يحصره الكيل او الوزن ويجوز
السلم فيه ولا يقال كل مكيل او موزون لان المفهوم منهما ما يعتاد كيله او وزنه فيخرج منه
الما وهو مثلي وكذا التراب على الاصح وقد نشا من اختلاف العبارات خلاف في الصفر
والنحاس والحديد والانك وهو الرصاص لان اجزاها مختلفه الجوهر وفي التبر والسبيكه
والمسك والعنبر والعود والقطن والملح والجمد والعطن والابريسم والغزل وفي الصوف
ايضا كما حكاه في البحر وقال القاضي الحسين قضيه المذهب انه غير مثلي ثم قال ان كان صوفا لا
يتفاحش فيه التفاوت فهو من ذوات الامثال وان كان يتفاحش فيه التفاوت فلا مثل له
وفي العنبه والرطب وسائر الفواكه الرطبه والاطعمه التي جمعها مثليه وفي السكر والفانيد
والعسل المصفى بالنار واللحم الطري وكذا الفد على راي حكاه في البحر وفي الخمر والالطهر فيه
انه مثلي وقد افتى القفال بان البطيخ والخيار من ذوات القيم وحكاه المرزي في المستوعب قولا
واحدا واما الحبوب والتمر والزبيب والادهان والالبان والسمن والمخيض والخل الذي
لا ما فيه ونحو ذلك فانها مثليه قال الرافعي بالاتفاق والحق في التمر السمين والدبس بالملح والسكر
ونحوه ومقتضاه جريان الخلاف فيهما والدراهم والدنانير مثليه اتفاقا قال الرافعي وقضيه
العباره الثانيه اثبات الخلاف فيها لان في السلم في الدراهم والدنانير اختلافا وايضا فالمعتبر
جعلوا المكسر على الخلاف في التبر والسبيكه لتفاوت القراضات في الجرم ومثل ذلك يعرض
في الصحاح فيلزم مجي الخلاف فيها وهذا في الدراهم والدنانير الخالصه اما المغشوشه ان امرها مبني
على جواز التعامل بها ان جوزناه فهي مثليه والا فمتقومه لانها لا تملك بالعقد لا تملك
غصبا فمثليه وان عدم المثل اي في البلد وحوله على النعت الذي ذكرناه
في السلم او وجد باكثر من ثمن المثل ضمنه بقيمة المثل اما عند الاعواز فلانه غايه الممكن الحس

واما عند وجوده باكثر من المثل فلان الموجود كذلك كالمعدوم بالنسبة الى القيام بالواجب دليله الرقبة في الكفارة والماء في التيمم وقيل يلزمه المثل في هذه الحالة كما لو لم يقدر على رد المغصوب الا بأضعاف ثمنه وهذا ما صححه البغوي والروياني واجاب في المرشد والقائلون بالاول ومنهم الغزالي فرقوا بين المثل والعين بانه تعدى في العين دون المثل قال وفي الحاكم والمائدة اي طلب المائدة لان الواجب في الذمة هو المثل بدليل ان المالك لو صبر الى وجوده لم يجبر على اخذ القيمة وانما تجب القيمة بالطلب حين الحقيقة فاعتبرت في وقته لان قبل ذلك لا ينضبط وهذا ما صححه ابن يونس وحكى المحلي ان بعض اصحابنا قال انه غلط لا وجه له لان زيادة القيمة بعد تلف المغصوب لا تعتبر فكيف بعد اعواز المثل وقريب منه ما حكاه في البحر عن القاضي الطبري انه خلاف النص وقيل يضمنه بقيمته اكثر ما كانت من حين القبض الى وقت الحكم بالقيمة لان المثل هو الواجب الى الحكم كما ان الواجب رد العين المغصوبة الى وقت التلف ثم هناك تعتبر اكثر القيم من الغصب الى التلف كما سيذكر فكذلك هنا وهذا ما حكاه ابو الطيب عن ابي هريرة قال وقيل عليه قيمته اكثر ما كانت من حين القبض الى حين تعذر المثل لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان مأمورا برد المثل كما كان مأمورا برد العين واذا لم يفعل غرم اقصى القيم في المدتين كما يضمن ما لا مثل له اذا تلف لهذا المعنى وهذا قول ابي اسحق المروزي وصححه في الرافعي واستحسنه الامام وبه جزم الصيدلاني وقال في البحر انه ظاهر المذهب وورا ذلك وجوه ثم يحكى في المسألة اثنا عشر وجها احدها انه يضمن المثل بقيمته يوم الانقطاع لان الثابت في الذمة لا يتصف بالزيادة ولا بالنقصان حكاه القاضي حسين وقال في البحر وهذا اختيار ابي علي الزجاجي والحناطي والماوردي في جماعة وبه اقول والثاني يضمن قيمته يوم اخذ القيمة لا يوم المطالبة ولا يوم التلف حكاه الرافعي على عن الشيخ ابي حامد وهو الذي جزم به السنجي وقال لا فرق بين ان يكون الحاكم قد حكم عليه بدفع القيمة عند الاعواز ام لا والثالث انه يضمنه بقيمته اكثر ما كانت من حين القبض الى حالة الاخذ وهو ما حكاه المحاملي وهو مخالف للوجه الثاني الذي حكاه السنجي هنا فان بين وقت الحكم وبين حالة الاخذ فرق ولاجله اضمرت طلبه الثانية في القول الاول من كلام الشيخ حسبنا الناقص كان القيمة قد تعتبر في يوم الحكم كما في مخالفه لقيمة يوم المائدة والسنجي في هذه العبارة هنا وابو عيان القاضي ابي الطيب في تعليقه

والرابع

والرابع انه يضمنه بقيمته اكثر ما كانت من وقت تعذر المثل الى وقت المطالبة قال الامام وهذا غلط عندي ووجه غلطه مما ذكرناه عن المحلي في تغليط القائل بالوجه الاول في الكتاب والخامس انه يضمنه بقيمته اكثر ما كانت من وقت تلف المغصوب الى وقت المطالبة والسادس ان الواجب عليه قيمته اكثر ما كانت من حين الغصب الى وقت تلف المغصوب لانه لما تلف ولم يوجد له مثل صار كالذي لا مثل له والسابع ان الواجب عليه قيمته اكثر ما كانت من حين تلف المغصوب الى الاعواز قال الرافعي وربما بني هذا والذي قبله على ان الواجب عند اعواز المثل قيمة المغصوب لانه الذي تلف على المالك او قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره وفيه وجهان لابي الطيب بن سلمة قلت اما الاول فصحيح فقد حكاه الماوردي عن ابي حفص بن الوكيل مبنيا عليه واما الثاني فلا لان ارتفاع الاسواق لا يضمن بعد التلف وقد ضمنه هذا القائل والثامن ان الواجب قيمته يوم تلف المغصوب قال المحلي وهذا ينتقض بقولنا ان الواجب في المغصوب المثل والتاسع انه ينظر ان كان مما ينقطع في جميع البلاد كالعصير فالاعتبار بقيمته يوم الاعواز وان كان مما لا ينقطع عن ايدي الناس وانما يتعذر في موضع دون موضع فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة وحكاية المهذب لهو ما حكاه في المرشد ونسبه القاضي ابو الطيب الى ابي العباس بن القاص وغلطه فيه فرع اذا ظفر المالك بالغاصب في غير موضع الغصب وكان المغصوب مثليا والمثل موجودا وقد تلف الاصل فهل له المطالبة بالمثل او بالقيمة ينظر ان كان مما لا مؤونة لنقله كالدراهم والدنانير فله المطالبة بالمثل عند الاكثرين وان كان لنقله مؤونة فالذي حكاه ابن الصباغ والماوردي والسنجي ان ذلك فيما اذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة اكثر اما اذا كانت مثلها او دونها لقيمته في بلد الغصب او مثله فله المطالبة بالمثل وقد حكى الامام ذلك عن الشيخ ابي علي وانه حمل ما قاله الشافعي والاصحاب على ما اذا كانت قيمته في بلد الغصب اقل وحكى عن شيخه وجهين في المطالبة بالمثل في هذه الحالة والصحيح لا يطالب بالمثل وانما يطالب بالقيمة المثل في بلد الغصب والثاني انه يطالب بالمثل واختلاف الاماكن كاختلاف الزمان ثم قال وهذا الوجه منقاس لكني لست اثق به فاني لم اره في شيء من الطرق ومسلكي فيما انفرد بنقله عنه اذا لم احكه في غير طريقه ان اتوقف ولا اخلي الكتاب عن ذكره قلت لم يكن شيخه

مفردا بنقله فان الرملي حكاه عن ابي اسحاق وانه ليس له الا المثل في جميع المواضع ان اختلفت
الاسعار كما انه ليس له الا المثل وان اختلفت الازمان لذا حكاه في ادب القضاة وحكي فيه ايضا
ان ابن ابي هريرة قال ان كان الاختلاف لاختلاف الاسعار لاختلاف الازمان فليس له الا القيمة واما المثل
على المثل اذا لم يختلف القيمة لا زمان وقد خرج في الوسيط للخلاف الذي ذكرناه في المثلي
في الدراهم والدنانير لو كان المغصوب باق بحاله وهو مثلي وقد ظفر المالك بالغاصب في غير
موضعه قال الماوردي لا يطالب بالمثل وقال المتولي وابن الصباغ ينظر ان لم يكن لنقله
مونة كالاثمان كان له المطالبة وان كان لنقله مونة كالحبوب والادهان فان كانت قيمة
البلدين متساوية كانت له المطالبة بالمثل وان كانت مختلفة فالمغصوب منه بالخيار بين ان
ياخذ قيمته مما يساوي في بلد الغصب وبين ان يصبر حتى ياتي بلد الغصب فياخذ عين ماله
واذا اخذ القيمة ملكها ولم يملك الغاصب الطعام فرع اذا اتلف انسان مثليا من غير ان
يصح بيان عليه وعدم المثل حتى القاضي الحسين فيما يضمنه وجهين احدهما قيمته يوم الانقطاع
والثاني اكثرهما كان المثل قيمته من يوم الوجوب الى يوم الانقطاع قال الامام وهذا ضعيف وحده
بالضعف وهو اعتبار قيمته يوم التغريم فرع اذا غصب مثليا فتلف في يده والمثل
مفقود قال الرافعي فالقياس ان يجب على الثالث والتاسع من حين الغصب الى حين التلف
وفي التحرير حكاية ذلك عن النص وعلى الوجه الرابع والحادي عشر قيمته يوم التلف وعلى الخامس قيمته يوم
الاحد وعلى السابع والثامن اقصى القيم من وقت التلف الى وقت المطالبة وعلى الثاني عشر ان
كان المثل منقطعا في جميع البلاد فقيمته يوم التلف والا فقيمته يوم التغريم والاوجه
الثلاثة الباقية لا يختلف الحكم فيها بكون التحصيل في هذه المسئلة كما مر اوجه قال
وان لم يكن له مثل كالعبيد والجواهر والثياب ضمنه بقيمته لقوله صلى الله عليه وسلم من اعتق
عبدا وله فيه شرك له وكان موسرا قوم عليه نصيب شريكه فضمنه بما السامي مساهم ولئن
على العبد شي خرجه النسائي وجه الدلالة منه ان ما لا مثل له لو ضمن بالمثل الصوري لضمنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ايجاب المثل في الحلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيم
فكانت القيمة اقرب الى الحق للغاصب قال اكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف
لانه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها كالحال التي غصبها فيها
ولانه ما من حالة ينقص فيها قيمته الا والغاصب كان مطالبا فيها برد العين المردودة فوقت

الرد

جبر

1

الرد فلزمه بدله كما قاله الامام قال ويجب قيمته من نقد البلد الذي غصب
فيه لانه موضع الضمان ولا فرق في ذلك بين ان يكون المغصوب عرضا او ذهبا او فضة
ونقد البلد من غير جنسه او من جنسه استوت قيمته وزنه او زادت القيمة على وزنه بسبب الصنعة
كما اذا كان المغصوب حليا او انية وحررنا انه دينار وزنه ذلك مائة وقيمته مصوغا مائة
وعشرون فانه يضمن مائة وعشرين واذا لم يكن اتخاذها كانت الصنعة كلا صنعة وفي النهاية
في وجه ووقع ذكرها بعد باب الوليمة انه يضمن قيمتها ايضا على وجه وقال ابو حربويه قال
وقيل ان كان حليا من ذهب ضمن اي ونقد البلد ذهب العين مثل وزنها من جنسها اي وهو
مائة من مالنا وضمن الصنعة بقيمتها فضة لانا لو قلنا انه يضمن الجميع بجنسه لكان يدفع مائة
وعشرين في بدل مائة وذلك ربا قال وليس بشيء لان الربا انما تراعى في العقود
والمعاوضات فاما الفسوخ والاتلافات فلا وهذا اتلاف وايضا فان القدر الزائد على
زنة المغصوب في مقابلة الصنعة التي لا يدخلها الربا ولو دخلها الربا اذا قومت بالذهب
لدخلها اذا قومت بالفضة نظرا الى علة مد عجوة وفي تعليق القاضي الحسين حكاية وجه انه
يضمن العين في مثالنا بالفضة والصنعة بالذهب وحكاية قول منصوص للشافعي في كتاب
الصرف الكبير انه يضمن العين والصنعة في مثالنا بالفضة وحكاه الماوردي وغيره
وفي الرافعي وغيره حكاية وجه انه يضمن العين بوزنها من جنسها والصنعة بنقد البلد سواء
كانت من جنس المغصوب او غير جنسه والفرق بينه وبين الوجه الثاني في الكتاب
ان هذا يضمن العين بجنسها لا بكونه نقد البلد ويضمن الصنعة بالفضة وان كان من غير نقد البلد
وما ذكرناه فيما اذا كان المغصوب ذهبا ونقد البلد ذهبا يجري مثله فيما اذا كان فضة
ونقد البلد فضة والسبيكة ان قلنا انها مثلية قال الرافعي فيها وجها الحلي احدهما انه يضمن
الحلي بغير جنسه واصحهما انه يضمن الوزن بالمثل والصنعة بنقد البلد سواء كان من جنسه او
من غير جنسه ان قلنا متقوم فيضمن الحلي بنقد البلد كما قال وينبغي ان يجيء على هذا وجه
انه يضمن بغير الجنس اذا كان نقد البلد من الجنس لان معنى الربا لا يختلف فيما اختلف
قيمته من النقار لا بسبب صنعة فيه الواحد فيه قيمته بغير جنسه وان لم يكن من نقد
البلد عند العراقيين وحكى الرافعي فيه وجها اخر انه يجب قيمته بنقد البلد وان كان
من جنسه قال الحلبي قول الشيخ ويجب قيمته من نقد البلد الذي غصبه فيه

ليس بصواب ولم يذكره احد من الاصحاب ولا هو في المهذب بل الصواب ان يقول من نقد البلد
الذي حصل فيه التلف لانه موضع وجوب الضمان وينتقل من العين الى الدراهم بالتلف وما
قاله هو الذي يقتضيه كلام الرافعي حيث قال وانما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف
ويقرب منه ما حكاه في البحر والمهذب ان القيمة تجب من نقد البلد الذي تلف فيه قلت وفيما
قاله نظر وحكى عن بعضهم ان الذي يوجد في كلام الشيخ وتجب قيمته من نقد البلد الذي غصب فيه وهذا
هو في توجيه ابن الخل وهذا اللفظ يظهر عند ما يقيمه اللفظ الاول الثاني على تقدير ان يكون اللفظ
كما ذكره وهو الذي في ابن يونس ايضا فانما يظهر صحة ما قالوه اذا كانت قيمة بلد التلف اكثر او اروج
اما اذا كانت قيمة بلد الغصب اكثر او اروج فلا بل يظهر اعتبار نقد البلد الغصب على ما قاله بعض
الاصحاب وجواب ابن العماد فان ما من حاله تعرض فيها قيمة الا والغاصب مخاطبا فيها برد العين
فاذا لم يرد فقد فوت رد العين قلت ومثله ان يقول في البلد الذي نقل فيها المغصوب
الا والغاصب مخاطب بالرد فيه فاذا لم يرد فقد فوت قيمة المغصوب بذلك النقد فوجب ان يجب اذا
كانت قيمته فيه اكثر وهو اروج وحكى صاحب البحر عن والده ما يقاربه فانه قال اذا كان نقد البلد
من وقت الغصب دراهم ثم تلف المغصوب في بلد ونقد البلد يوم التلف دنانير فان للاصحاب المال
ان يطالبه بدراهم ثم يعدل الى قيمتها بالدنانير لكونه احفظ له ان له ذلك وجهه بما ذكرتم قال
ومن الاصحاب من قال الاعتبار بحال الاستقرار عند تعذر الحال ومما يحيب ما ذكرته ان الرافعي حكى
فيما اذا نقل المغصوب المثلي الى بلد وتلف فيه او تلف ثم ظفر به المالك في بلد وقلنا لا يطالب بالمثل
في موضع التلف فلو اخذ قيمته اكثر البلدين قيمة وفي الوسيط في هذه الصورة انه يطالبه بقيمته
اي البلدين من بلد الغصب والاتلاف وذلك يؤيد ما ذكرته ايضا وقد يظهر منه تصحيح كلام
الشافعي ان ما قاله الغزالي في هذه المسئلة يقوى تخيرا في تلف ما لا مثل له في غير بلد الغصب
من اخذ قيمته ببلد الغصب وبلد التلف لانه يستحق مطالبته بالقيمة في كل منهما والتخيير
فرع وجوب قيمة البلدين كالتخيير الثابت له في مطالبة الاصيل والفرع فرع وجوب دينه
في ذمتهما ومقتضاه انه اذا نقص قيمة احدهما عن قيمة الاخرى كما نقول في الدين على الضامن
واذا كان كذلك فقد صح ما قاله الشيخ من وجوب القيمة بنقد بلد الغصب لانه اذا وجبت قيمته فيهما
وجب في احدهما عاينه الا ان كلام الشيخ يوهم الحصر فيه وهو اسهل من تقليد ما لم ينقله
احد فرع اذا غصب مثليا فاخذ منه ما ليس بمثلي ثم تلف بالحنطة اذا جعلها

دقفا

دقيقا وجعلنا الدقيق ليس بمثلي او غصب تمرا فاتخذ منه خلا قال العراقيون ضمن المثل وفي المهذب
انه يضمن المثل ان كان اكثر قيمة او ساوت قيمة المتقوم وان نقصت ضمن قيمة المتقوم وعن القاضي
الحسين انه يضمن اقصى القيم وليس للمالك مطالبته بالمثل وفي الحاوي انه يرجع بالمثل والقدر
الزائد في الدقيق مثلا عن المثل ان حصل بالطحن زيادة فان اذا غصب ما ليس بمثلي فاتخذ منه مثليا
كما اذا غصب رطبا فصيره تمرا ثم تلف قال العراقيون ضمن مثل التمر وفي الحاوي انه يضمن
المثل وما نقص من قيمة الرطب عنده والمذكور في المهذب انه يضمن المثل ان كانت قيمته اكثر
من قيمة الرطب او مساويه وان كانت اقل فقيمة الرطب وقال الغزالي انه مخير بين ان
يأخذ المثل او القيمة عن المغصوب فان اذا غصب مثليا فاتخذ منه مثليا كما اذا غصب سمسما
فاتخذ منه شيرجا ثم تلف قال العراقيون والغزالي المالك بالخيار فيغرمه ما شاء منهما وفي
المهذب ان كان احدهما اكثر قيمة غرم قيمته ولاجبر المالك فالمكان وان ذهب المغصوب
من البلد ولم يتلف بان كان عبدا فابق او بهيمة ضلت او ثوبا فضاع ضمن البدل الى القيمة
اذا طلبه المالك لتعذر الحيلولة لتعذر الامكان والواجب اقصى قيمة المغصوب من يوم الغصب
الى يوم المطالبة وفي الحاوي ان الواجب قيمته اكثر ما كانت من وقت الغصب الى وقت الرد
واذا اخذ المغصوب منه البدل ملكه على الصحيح وقال القفال لا يملك كما لا يملك الغاصب
المغصوب فانه لو ملك لاجتمع له الاصل والفرع بل له الانتفاع به مع بقائه على ملك الغاصب وعبر
الماوردي عن هذا بان ملك القيمة ملك مراعى على الاول فهل يجب على الغاصب من اجرة العين من حين
غرم القيمة وجهان اظهرهما في تعليق القاضي الحسين الاول واصحهما الثاني مع ان عين الغاصب
لو استعمله وجبت الاجرة للمغصوب منه وجها واحدا كما قاله الماوردي وهو المنقول في
الوجهين في عدم مؤاخذة الغاصب بالاجرة من حين الغرم على ان ما اخذ بعد تغريم القيمة
فاذا اخذ منهم من قال لا يجب بازاء ما يفوته من الانتفاع لملكه دفعا للضرر عنه ومنهم من قال
انما وجبت للحيلولة عقوبة عليه على سبيل التغليظ والوجهان جاريان في ان الزوائد الحاصلة
بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب وفي انه هل يلزمه رده وفي ان جنايته الان هل
تتعلق ضمانها بالغاصب وهذا الحكم عند الشيخ اي تجب لو غيب الغاصب العبد المغصوب
فامتنع بعده عن رده ومنهم من قطع بوجوب الاجرة وتثبت سائر الاحكام في هذه
الصورة وعلى ذلك جرى في الوسيط والقاضي الحسين العرف ان من غيبه باختياره باق
والبدل

بل يتصرف فيه فلا ينقطع عنه الضمان بخلاف الابق وليس للغاصب اجبار المالك على اخذ القيمة
حال الاباق لتستقر حقا ثابتا في الذمة حتى يجبر على قبوله او الابراء منه بل لو ابراه المالك عنها
لم ينفذ عن بعض الاصحاب تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة قال فان عاد رده اي وجوبا
لانه لا يخرج عن ملكه بالبيع ولا يصح بالتصرف في المالك قال واسترجع البدل ان كان باقيا
لزوال الحيلولة التي كانت سبب الملك قال الامام في النهاية ويسترجعه مع زوائده المتصلة
كالولد واللبن وسوى ذلك موافق لابن الصباغ والقاضي ابي الطيب وفي ذلك نظر فان البدل
المراد به القيمة كما صرح به في المهذب والشامل والقيمة انما تؤخذ نقدا او النقد لا زوائد له
وطريق الجواب عنه ان يكون المالك قد اعتاض عن القيمة شاة مثلا فان عند القاضي ابي الطيب
اذا استبدل من له الثمن في ذمته شخص عينا ثم رد المبيع بعيب فله ان يسترجع العين كحساب في
باب بيع المرابحة وزوائده انه يسترجع فيهما وعلى ذلك كله ما قالوه ويحمل الروياني المسألة في
البحر فرع اذا كان البدل ماخوذا ملكا باقيا هل يجب رده بعينه ام لا فيرد فيه السبكي او
[illegible] نظير خلاف حكيناه في البيع عند الرد بالعيب ولا خلاف في ان البدل اذا كان تالفا
وجب رد بدله ولم يختلف الاصحاب ان ملك المغصوب منه لا يستقر على اخذ البدل وحيث
اباق العبد ونحوها بخلاف ما اذا اخذ لاعواز المثل اما الظفر بالغاصب في بلد الغصب ولم يوجب
دفع المثل لاختلاف قيمته او كان المغصوب عبدا وهو باق في بلد الغصب ثم وجد المثل او
عاد الى بلد الغصب فان القيمة تستقر على ملك المالك وليس له ردها والمطالبة بالمثل او العبد
كما جزم به الامام والذي حكاه القاضي ابو الطيب فيما اذا ظفر به في غير بلد الغصب وكان المغصوب
مثليا ان للمالك مطالبته بقيمة المغصوب ببلد الغصب ثم اذا عاد الى بلد الغصب يسلم المغصوب منه
المغصوب ويزال ملكه عن القيمة ويردها الى الغاصب ومقتضى هذا الطريق [illegible] وقد حكى الامام
الوجهين فيما اذا اخذ القيمة لاعواز المثل او الظفر به في غير بلد الغصب ووافق الوسيط
القاضي ابا الطيب فيما حكاه وعلى الوجهين فيما اذا اخذ القيمة عند اعواز المثل قال الرافعي وهذا لا
وجه له بل الخلاف في المسالتين واحد بالاتفاق قال الشافعي فرع هل للغاصب حبس المغصوب الى
ان يرد القيمة جزم في البحر بان له ذلك وحكى في الوسيط ذلك عن القاضي وانه استند
الى نص الشافعي في المختصر وقد ذكرته في تعليقه وطرده فيما اذا اشترى شراء فاسدا ان له
حبس المبيع الى ان يرد الثمن عليه ثم قال الغزالي وفيما قاله احتمال ظاهر قلت وقد ورد في

البيع

٥

البيع ان المذهب عدم حق الحبس للمشتري في البيع الفاسد كما نص عليه ابن سريج قال الرافعي
وشبه ان يكون حبس الغاصب في معناه واختار الامام المنع في الصورتين فرع اذا اعتق
المالك العبد الذي ابق من يد الغاصب بعد اخذ القيمة للحيلولة رجع الغاصب بها على المالك
ولو كان المغصوب الذي ابق ام ولد فاعتقها بعد اخذ القيمة او ماتت فذكر الحكم وحكى المتولي
عن ابي عاصم العبادي وجها انه لا يرجع فرع لو كان موضع العبد معروفا اخذ الغاصب
برده وان عزم اضعاف قيمته فلو استاجر على رده اهلها جاز ولو استاجر المالك فوجهان
واذا اخذ المالك في هذه الحالة القيمة قال الماوردي ملكها ملكا مستقرا او ملك الغاصب العبد
ملكا مراعى [illegible] عليه ان تلف او وصل الى اخذ ما اخذ حتى دفعه من القيمة
لان الاجبار يمنع من استقرار الملك بالاعواض واذا قدر على العبد المغصوب فهو [illegible]
بالخيار بين ان يملكه من غير اجبار المغصوب منه فان اختار رده ورضي المغصوب منه بذلك
جاز ولا يستحق عليه اجرة ما مضى والا بيع فان كان ثمنه قدر القيمة المأخوذة اخذه الغاصب
وان زاد عليها كان الفاضل للمغصوب منه وان نقص فلا شيء له غير قيمته وان نقص من عينه
شيء كان تلف بعضه او حدث فيه ما ينقص قيمة المغصوب بان كان [illegible] غلاه او خلا [illegible]
عليه بعضه قيمته ضمن ارش ما نقص كما ضمن القيمة عند التلف ضمن الارش [illegible] الى الامرين
لما ذكرناه وهذا الحكم [illegible] لو كان ثوبا فتشقق ونقص بسبب الشق [illegible] او خرقه او خطه
[illegible] او سمسما فجعله سيرجا ونحو ذلك [illegible] على ما لو كان عبدا فقطع يده او حمارا فقطع
[illegible] وفي الحاوي في [illegible] ان المغصوب منه يستحق المطالبة بالمثل لانه [illegible] المغصوب من
اجزائه وفي [illegible] فانه [illegible] في [illegible] قول انه ضمن ارش ما نقص [illegible]
[illegible] النقص [illegible] مثلي [illegible] لو [illegible] قيمته [illegible]
[illegible] او [illegible] عصيرا [illegible] فنقص [illegible] فانه يضمن مثل ما نقص [illegible] قيمته بعد [illegible] مثل ال
[illegible] قيمته [illegible] عن ابن سريج انه لا يضمن ما نقص من العصير اذا لم ينقص القيمة قال [illegible]
المالية بخلاف الزيت وهو اختيار الشيخ ابي حامد والروياني وروى عن صاحب التقريب انه [illegible]
الزيت والوجه لما صار اليه ابن سريج في العصير والاصح الاول والخلاف [illegible] اغلا العصير
[illegible] فيما اذا [illegible] خلا [illegible] دون قيمته [illegible] اذا صار الرطب تمرا فرع
اذا نقص الاغلاء العين والقيمة ضمن مثل الذاهب بالاغلاء اذا كان ما نقص من القيمة

اكثر قلم به مع مثل الذاهب ارش النقصان الثاني قال وان تلف بعضه ونقص قيمة الباقي مثل ان
غصب زوجي خف قيمتهما عشرة فضاع احدهما وصار قيمة الباقي درهمين لزمه قيمة التالف وارش ما نقص
وهو ثمانية اما قيمة التالف فلتلفه تحت يده واما ارش ما نقص فلانه حصل بالتفريق الحاصل في يده واسمه
نقص قيمة الباقي بالا غلا او نقص الصوف بقطع بعضه هذا ما جزم به الرافعي قال وقيل يلزمه درهمان
لانه لم يتلف في يد الغاصب الا ما قيمته درهمان وهذا الوجه لم اقف عليه في هذه المسئلة وهي مما وقعت عليه
من كتب المذهب لكن كلام الائمة في الطرق يقتضيه فانهم حكوا فيما اذا غصب واحدا من خفين قيمتهما
عشرة فاستهلكه او اتلفه ابتدا من غير غصب وقيمة كل واحد منهما عند الافراد درهمان ان فيما لزمه
الوجهين لكنه قال في الكتاب احدهما يلزمه ما تبين درهمان قيمة التالف الذي اتلفه وستة ضمان النقص
بالانفراد لانها جناية منه والثاني لا يضمن الا درهمين وهما قيمة ما تفرد باستهلاكه واذا كانت
الزيادة الحاصلة في المتلف بسبب الانضمام وهي ثلاثة لا تضمن اذا كانت بالغصب والاتلاف المضمن
ما اراه ان القيمة بسببها ارتفاع الاسواق لم يظهر فرق بين ان يكون الاخر معه مغصوبا او مغصوب
وقد ذكره لان الاتلاف مع الغصب اذا كان لا يضمنها فالغصب وحده مع الرد اولى وقد حكى الشيخ
وصاحب التتمة والحلية في مسئلة الخفين وجها انه يضمن خمسة وهو القياس لان الزيادة فلا يستقر
ما تلف ضمنها كارتفاع السوق ومن هذا ان يطرد في المسئلة المستشهد بها وقد حكاه فيها
الرافعي ايضا ورجحه الامام والبغوي والقفال على طريقه في الخفين وقاسه على ما اذا كان عنده من اثنين
قيمته مائة دينار واعوا احدهما بنصيبه ويتوقف فانه لا يضمن خمسين ولكن يضمن قيمة نصف اذا بيع منفردا
والذي رجحه الشيخ ابو حامد واتبع في الماسة ضمان الماسة وهو الذي اجاب في البحر والقاضي ابو الطيب في شرح
الفروع نسبه الى ابن الصباغ مصرح به عنه في شرح الفروع وقد تحصل في كل من المسئلتين ثلاثة اوجه والحاصل
انه لو سرق فردة خف منهما لم يجب عليه القطع وحكى عن بعض اصحابنا انه قال فيما اذا سرق الثوب وبلغ نصف
ونقص قيمة النصف الثاني لنصاب الحكم كذا رايته في مسئلة الخف والجمهور على تصحيحه النقص والحالة هذه
مشبه هو لا زوجي خف بمعنى فردين يقال عندي فرد خف وزوجا نعال وزوجا حمام للذكر والانثى
والدا اقل فردين لا يصلح احدهما الا بالاخر قال وان كان عبدا فقطع يده لزمه اكثر الامرين
من ارش ما نقص ونصف القيمة الزيادة من حين الغصب الى حين قطع اليد لانه قد وجد سببا
ضمانهما وهو اليد والجناية فوجب اكثرهما مثال ذلك اذا كانت قيمة العبد مائة ثم بلغت مائتين وقطع
يده وكانت قيمته بعد القطع مائة وخمسين ضمن مائة لان اليد تضمن بنصف القيمة من الحر وضمنت من العبد
بنصف

بنصف القيمة فان كانت قيمته يوم القطع خمسين ضمن مائة وخمسين لان هذا النقص حصل في يده
وبسبب جنايته ومثله لا يضمن الا نصف القيمة فالتزم الامرين لانا نقصمه بدل مقدر بالاملاك ويضمن في
الغصب به فالنقص ولهذا نعرف الحديث في ان جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته اما اذا
قلنا الواجب ارش ما نقص فهو الواجب هنا ايضا ومحل المطالبة بالقيمة اذا اندمل الجرح اما اذا
لم يندمل ففي جواز المطالبة بارش اليد قولان يأتيان ان شاء الله تعالى ولو سقطت يد العبد بآفة سماوية
ضمن الارش ولا يضمن المقدر لان المقدر من خاصية الجناية وهذا ما جزم به السرخسي وصححه العراقيون في جراح
في التهذيب المذهب وحكي عن بعض اصحابنا انه يرد معه ما يجب بالجناية فلو ذهبت يد العبد بآفة سماوية ضمن في
الحالين نصف القيمة سببا القطع وعلى الغاصب اكثر الامرين وفي الوسيط حكاية وجهين فيما اذا زاد
نصف القيمة على ما نقص من القيمة ان الغاصب لا يطالب بالزائد والحق الوافي قطع اليد بسبب
سرقة في يد الغاصب او جناية تسقطها بالافة السماوية فسوا في ذلك بين ان يكون القطع في يد
الغاصب او بعد استرداد العبد ولو قطعت يده في يد الغاصب بسرقة في يد المالك او جناية في
ضمانها على الغاصب وجهان قالوا اشترى عبدا سارقا فقطع في يده فان ضمانه فهل يكون كما
اذا سقطت بآفة سماوية لانه تلف بلا بدل او كالاتلاف اجنبي لانه حصل للاحسان فيه وجهان
والذي اجاب به في الرهن ان ضمان النقص في جناية العبد في يد الغاصب جناية يتعلق ارشها برقبته
فداه الغاصب بارش الجناية في قول وبأكثر الامرين من ارش الجناية او القيمة في قول كما
حكى الامام ومن تابعه والذي حكاه المتولي الثاني وكذلك السرخسي ولو مات العبد قبل الفدا اخذ
المالك قيمته من الغاصب اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف فان كانت من حين التلف اكثر
تعلق حق المجني عليه بجميعها ويرجع المالك على الغاصب بقدر ما اخذ المجني عليه منها ان كان
الارش دونها وان كانت قيمته يوم الغصب اكثر مثل ان كانت مائتين ويوم الجناية مائة
فلا يتعلق حق المجني عليه الا بمائة منها واي الحكم لا يتقدم وحكى الشيخ ابو علي وجها ان ما اخذه
المالك من الغاصب لا يملك المجني عليه المطالبة به ويطالب الغاصب بمثله ان تعلق حقه به
او بما دونه ولا خلاف انه لو سرق في يد المالك ثم قطع بعد الرد اليه لا يجب على الغاصب شيء
قال وان حدث فيه فعلا نقص به وخيف عليه الفساد في الباقي بان كانت حنطة
فبلها او دقيقا فخلطه بالما وخيف عليه الفساد استحق عليه مثل طعامه ورده لان مساله
تؤدي الى ان يتلف فصار كالمستهلك وهذا ما نص عليه في الام وهو الاظهر في طريق العراق

وجعله السند يحكي المذهب قال ... وفيه قولان احدهما هذا والثاني ما حكاه وارش ما نقص
لانه وجد من ماله ونرجع اليه كالشاة اذا ذبحت والمذهب وهذا ما حكاه الرافعي
وقال الغزالي انه مخرج وحكى الرافعي عن السرخسي حكاية قول عن ابي اسحاق ان الغاصب يتخير بين ان
يمسكه ويغرم بدله وبين ان يرده مع ارش النقصان والمذكور في الوسيط حكايته عن الشافعي
ان المالك بالخيار بين ان ياخذ بدله وبين ان ياخذه مع ارش النقص وعبر الشيخ ابو خلف
السلمي شارح المفتاح عن هذا القول بان المالك ان شاء ضمن الغاصب ما نقص الان ولا شي
له في زيادة تحصل من بعد وان شاء ترك له وله مطالبته بجميع البدل وهذا ما حكاه الماوردي عن
ابي اسحاق وابن ابي هريرة وقد تحصل في المسئلة اربعة اوجه الصحيح انا اذا قلنا بالاول فكمال
ملك المغصوب هل للمغصوب منه او للغاصب فيه وجهان في التتمة وان قلنا بالثاني فكلما نقص
المغصوب اخذ المالك ارشه هذا حكاه القاضي ابو الطيب والبندنيجي في مسئلة غصب العسل
والسمن والدقيق وجعله عصيدة وخيف فساده وظاهر كلام البغوي يقتضي انه لا يغرم له بعد
ذلك شيئا كما حكاه عنه شارح المفتاح في تصوير القول الرابع وهو قضية كلام الرافعي فانه
قال يغرم له ارش عيب سار وحكى عن المتولي ان الحاكم اذا راى تسليم جميع الارش اليه فعل وان
راى ان يسلم اليه ارش النقص المتحقق في الحال ويوقف الزيادة الى التحقق فعل ثم قال في صدا وقف
لان المسئول من ارش العيب الساري ارش العيب الذي سببه السراية وانه حاصل في الحال
اما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه اذ الكلام في النقصان الذي لا يعين سرايته الى الهلاك ولو
نظر الى المتولد منه لاخر ذلك الى وجوب القيمة وهو عود الى القول الاول ولو كان النقص
عاد بعد ... قال الماوردي وليس له ... المرتهن وهذا
حدوث نقصانه ورجع به فان تلف المغصوب قبل انتهاء نقصانه فهل يرجع بما كان ينتهي
اليه من نقص ام لا فيه وجهان مخرجان من القولين فيما اذا قلع سن صبي لم يثغر ومات
قبل ان يثغر ولو باع المغصوب منه المغصوب قبل ان ينتهي الى حالة النقص وعلم المشتري
فالمغصوب منه ان يرجع على الغاصب بنقصه لانه عاوض عليه ناقصا وان لم يعلم المشتري به
ولم يرده كان في رجوع المغصوب منه على الغاصب بارش نقصه وجهان وجه المنع انه لما عاوض
عليه سليما فقد حصل له من جهة المشتري حقه فصار متنا به ما لم يحدث به نقص حكم النقص
الساري ... كما حكاه الشيخ ابو حامد عن الشافعي في حكم التلف وهو ظاهر لفظ المختصر وفيه

نعم

... الامام وكذلك الماوردي والحق به الحنطة اذا تسوست وذابت بالدود وقال القاضي ابو
الطيب كذلك في العفن وما نقص قولا واحدا لانه ليس من فعله فلا يضمن ما يتولد منه بخلاف
البلل واختار في المرشد تصحيحه ابن الصباغ ثم قال فان قيل فالعفن مضمون عليه لو حصل
في يده فان لم يكن من فعله فكان ما يتولد منه متولدا في الضمان الا ترى انه لو ابتل بماء المطر
او بله غيره كان كما لو ابتله بنفسه فالجواب حتى ان يقال ان النقص الذي حصل بالبلل
اذا زاد وكثر فانما حصل متولدا منه واما العفن فانما يزيد بسرايته ومحله في يده كما ان الاول
حصل بذلك او لعله يولد نقصا ومرض العبد المغصوب اذا كان ساريا مثل البلل
والاستسقاء تردد ابو محمد في الحاقه بالعفن الساري ولم يرض الامام ذلك لان المرض
المايوس منه قد يبرا والعفن المفروض في الحنطة قد يفضي الى الفساد لا محالة قال
وان كان له منفعة تستوفى بعقد الاجارة ضمن تلك التي اقام في يده اي وان لم يستوفها
لان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح ضمن بالبدل في الفاسد ضمن من غير عقد بالغصب كالاعيان ثم
اذا استوفاها فنقصت قيمة الثوب بالاستعمال فهل يضمن ارش النقص مع الاجرة او
يضمن اكثرهما لا غير فيه وجهان ظاهر النص منهما كما حكاه القاضي ابو الطيب الاول وهو
الذي صححه الرافعي فيما اذا لو حصل النقص بسبب اخر والذي حكاه المزني على ما حكاه
المتولي الثاني وهو الذي حكاه في المرشد لان نصر التلخيص ولا يعاد بل مضمونهما ... ومقتضى
هذا ان يجب عند عدم الاستيفاء اجرة استعمال لا ينقص من العين شيئا وهو اقل من اجرة
استعمال ينقص من العين لو كان للمغصوب منافع ضمن اعلاها اجرة ولا يجب اجرة
الكل فرع اذا كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة ... فيه اوجه حكاها
القاضي ابو سعد اصحها انه يضمن بالاكثر في جميع المدة والثاني انه يضمن في كل بعض
من ابعاض المدة ما جرى مثلها والثالث انه ان كانت الاجرة في اول المدة اقل
وان كانت في الاول اكثر ضمنها ... في جميع المدة لانه لو كان المال في يده لكراه باكثر
في جميع المدة فرع اذا غصب قميصا قيمته عشرة فابلاه بالاستعمال الى ان عاد الى
خمسة ثم زاد السعر فعادت القيمة الى عشرة قال ابن الحداد يقوم ملبوسا في هذا الوقت
وغير ملبوس ويلزمه ما بين القيمتين وهو خمسة في هذه الحالة وقال القاضي ابو الطيب
وعندي هذا ليس بصحيح وانما يلزمه مع رده خمسة وهو الذي نقص باللبس لان زيادة

السعر يوم التلف لا اعتباره قال وان كانت جارية فوطئها لزمه ضمان مهرها لانه اتلف
منفعة متقومة بعدوان وهو من اهل وجوب ضمانها فشابه ما لو وطئ بدلها والى جميعه
البضع تضمن بالعقد الفاسد فتضمن بالاتلاف على وجه التعدي كالاعيان بل اولى لان
المعقود عليه كانا فاسدا عاصيه ولهذا ليست عاصيه والمعقود عليه بمملكه والمغصوبة
مستحقه وهذا الحكم فيما لو كانت مكرهة او عبد جاهله بالتحريم مع كونها قريبة العهد بالاسلام
وقد نشأت في بلاده وحكى الطبري ان العبد الذي لا يشتهى مثلها اذا زنى بها لا يضمن مهرها
ونقص ارش بكارتها ان ازالها وعلى الاول ان كانت بكرا فالواجب مهر ثيب وان كانت بكرا ففي
الرافعي حكاية وجهين احدهما ان الواجب مهر ثيب وارش البكارة وادعى انه الراجح وهو الذي
اورده الغزالي في باب الديات ونسب الى النص والثاني مهر بكر والذي جزم به ابو الطيب انه
يجب مهر بكر وارش البكارة كما ذكرناه في البيع الفاسد لوجوبهما بسببين مختلفين في نظير المسألة
وبعله القاضي الحسين ايضا وذكر الشافعي نص على مسألة في عيون المسائل ثم قال والذي عندي
انه يجب مهر مثلها بكرا قال الرافعي بناء على ما حكاه فان قلت هل يختلف المقدار بالعلم بالزنا
ام لا فان اختلف وجب ان يقطع بوجوب الزائد لان بناء الغاصب على التغليظ وان لم يختلف
فلا فائدة للوجهين قلت الجواب انه ان اختلف المقدار فالوجه ما ذكرته وقد اشار اليه
الامام وان لم يختلف فللوجهين فوائد منها ما يظهر في المسئلة التالية لهذه قال
وان طاوعته اي وعلمت بالتحريم لم يلزمه على ظاهر المذهب لما روى مسلم عن ابن مسعود ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن ما ياخذه على تكهنه والكهانة
قال وقيل يلزمه لان المهر حق للسيد فلا يسقط ببذل الامة وهذا قول من خرج
في كلام الماوردي ولا خلاف في انه اذا لم يطأها لم يلزمه المهر لان منفعته لا تدخل تحت
اليد الا ترى ان المستعير يملك تزويجها ولو دخلت تحت يده لما ملكه كما لا يملك اجارتها وانما
كان منفعة البضع مستحقها استحقاق ارتفاق للحاجة وسائر المنافع تستحق استحقاق
ملك تام الا ترى ان من ملك منفعة بالاستيجار ملك نقلها الى غيره بخلاف الزوج ولو وطئ
الجارية المغصوبة في يد الغاصب فهل يضمن الغاصب المهر الذي صرح الماوردي والمتولي بعدمه
عند الكلام فيما اذا وطئ المشتري من الغاصب الجارية المغصوبة وجوب الضمان وروى
صاحب التقريب وجها انه لا يطالب لان منفعة البضع لم تدخل تحت يده بدليل عدم ضمانها دون

اتلافها

اتلافها واشار الامام الى جريان الوجهين سواء قلنا يرجع المشتري على الغاصب بالمهر ام لا وقال
اذا قلنا بعدم الرجوع فظاهر القياس انه لا يطالب وعندي يحتمل واذا قلنا بالرجوع فالظاهر
المطالبة لاستقرار الضمان عليه ومثل هذا الخلاف جار فيما اذا وطئت بالشبهة فرع
لو اختلفا في الاكراه فهل القول قوله فيه قولان في الحاوي وقال الشبه ان يكونا مبنيين على اختلاف
قوليه فيما اذا اختلف رب الدابة وراكبها ورب الارض وزارعها فرع اذا تكرر منه الوطء
فهل يجب مهر واحد او مهران فيه كلام سبق عليه اخر الصداق قال
فان زادت في يده بان سمنت او تعلمت صنعة او ولدت الجارية اي ولدا حيا اما منه او من غيره بنكاح او زنا
كما صرح به القاضي الحسين قال ضمن ذلك كله اي عند زواله اي كما يضمن العين لانها زيادة حصلت
في ملك المغصوب منه والغاصب مأمور بردها فضمنها كالعين واذا كانت قيمته قبل
السمن وتعلم الصنعة مائة وبعدها الفا ثم هزل ونسي الصنعة فعاد الى مائة رده وتسعمائة
وهذا الحكم فيما لو غصب سمينا عارفا بصنعة قيمته الف درهم فعدم زوال السمن ونسيان
الصنعة وقيمته مائة ولو لم ينقص قيمته بالهزال بان كان سمينا مفرطا فلا يضمنه بخلاف ما
لو خصي العبد وزادت قيمته قال القاضي ابو الطيب والمتولي لان الشرع قد قدر بدله بقيمته
والسمن لم يقدر بدله فكان المرجع فيه الى ما ينقص ولا نقص اما لو وضعت الولد ميتا ففيه وجهان
احدهما وهو ظاهر النص انه يضمنه ويحكى عن الانماطي وابن سلمة واختاره القفال والثاني لا وهو
الذي صححه الماوردي وجعله الامام المذهب وقد قال ابن ابي هريرة وابو اسحاق وحملا النص
على ما اذا القته حيا ثم مات ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة اذا انفصل ميتا وعلى
ظاهر النص يجب قيمة الولد حالة الانفصال لو كان حيا وخرج الامام وجها في ولد الجارية
انه يضمنه بعشر قيمة الام ولا يخفى ان محل ما ذكرناه في الجارية اذا كان الواطئ عالما بالتحريم
اما اذا كان جاهلا فلا بتحريم الوطء فلا شيء عليه بسبب الولد لانه ينعقد حرا والحر لا تثبت عليه اليد
وانما يضمن بالحيلولة دون الوضع ولا حيلولة بخلاف ما لو كان عالما فانه ينعقد مملوكا فادى به
الحامل وفي التتمة حكاية وجه انه يضمن في صورة الحمل وقد ذكرت في اخر باب ما يحرم بعده سببا يتعلق
بهذا الموضع فليطلب منه فرع لو غصب جارية مهزولة ثم سمنت في يده ونقصت
قيمتها ردها قال الطبري ولا يجب عليه شيء لانه لم يحصل بها نقص في الخلقة ولا من جهة العرف
والعادة قال ولو غصب جارية ناهدة الثديين فسقط ثدياها ونقصت قيمتها بذلك وعلاها

امرد فالتحى فيه ونقصت قيمته بذلك كان عليه الارش ويلتحق بذلك بياض اللحية كما
ذكره ابن الصباغ قال وان سمن ثم هزل ثم سمن ثم هزل ضمن ارش السمنين لان الثاني
غير الاول فهو زيادة من جنس اخر وطريق التقويم على هذا ان يقوم سمينا ان قيل مائة فيقوم
مهزولا فان قيل خمسون وجبت مائة فحمل المغصوب منه مائة وخمسين قال وقيل يضمن
الاكثر مما قيمته لان النقصان الاول ذهب في يده ثم زال من الوجه الذي ذهب فوجب ان لا
يضمنه كما لو ابق العبد ثم عاد وجنى على عين فابيضت ثم زال البياض وهذا قول ابن ابي هريرة وعلى
هذا الصحيح في مسالة القيمة الناقصة فلو انعكس المثال كان الواجب عليه المائة ايضا لكن خمسون
عن الاول فانه لم يجبر ما قابله وخمسون عن الثاني والصحيح هو الاول وهو قول ابي سعيد الاصطخري
لان السمن الثاني غير الاول وقد حصل في ملك المالك فلا يسقط ما وجب عليه بالاول وهو ما يضاهي
قد زال فوجب ضمانه وقد قال صاحب التلخيص وبنى القاضي ابو الطيب الخلاف على القولين فيما اذا
قلع سن كبير فعاد وضعف المتولي هذا البناء لان عود سن الكبير نادر وعود السمن غير نادر
وهو يعود من الصغير اشبه والوجهان يجريان فيما اذا نسي المغصوب الصنعة ثم تذكرها
او تعلمها واختيار الشيخ ابي حامد عدم الانجبار وراي ابن سريج مقابله ومنهم من قطع به
وقد اختار القاضي ابو الطيب في شرح المولدات ولذلك ابن الصباغ وصاحب المرشد والفرق
ان السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما فات وتذكر الصنعة لا يعد في العرف
شيئا متجددا ذكر ان ايضا فيما لو كسر الحلي والاواني ثم اعاد تلك الصنعة المباحة فرع لو
زادت قيمة الجارية بتعليم الغناء ثم نسيته نقل الروياني عن النص انه لا يضمن النقصان لانه محرم
وعن بعض الاصحاب انه يضمن ولهذا لو قتل عبدا مغنيا فانه يضمن تمام قيمته ثم قال وهو الاعدل
وحكى في موضع اخر من الباب الاول عن العراقيين والثاني عن بعض الخراسانيين وقال ان الاول
اظهر قلت وهو الاظهر ودعوى القائل الثاني ان العبد المغني اذا قتل يضمن قيمته مغنيا
ممنوع بل قد جزم الامام في باب النكاح متصلا بباب الامة تغر بنفسها انه لو اتلف جارية
مغنية لم يضمن الا قيمتها مثلها لو كانت لا تحسن الغناء لو مرض العبد المغصوب ثم برئ وزال الاثر
المرض لا شيء عليه بسبب ذلك كما قاله ابن ابي هريرة وحكاه البندنيجي عن الاصطخري انه يضمن النقص
الحاصل بالمرض ولا يسقط بالبرء وقال انه الاشبه باصول الشافعي وما ذكره يجري فيما
لو كان مريضا ثم برئ لو غصب شجرة فسقط ورقها او زادت ادساه فجز صوفها ثم نبت نعم

الاول ولا يجبر بالثاني بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت او تمعط شعرها
ثم نبت حيث يحصل به الجبر قال في التهذيب لان الورق والصوف متقومان بخلاف سن الجارية
وشعرها غير متقوم وانما يغرم ارش النقص الحاصل بفقدها وقد زال مسألة
هزل بضم الهاء وكسر الزاي تقال هزل يهزل مثل علم يعلم هذا الاسم الهاوي يهزوله
وهزلها هو لا يصر متعديا فعلا قال وان خلط المغصوب بما لا يتميز كالحنطة اذا
خلطها بالحنطة والزيت بالزيت فان كان بمثله او في القيمة لزمه مثل حقه منه لانه قادر على
بعض عين ماله عاجز عن البعض فهو كمن غصب منه صاعان فتلف احدهما وهذا ما ذهب اليه
ابن سريج وابو اسحق وابن ابي هريرة والمنصوص ان للغاصب ان يدفع اليه من غيره وهو الصحيح
في تعليق القاضي ابي الطيب كما ذكرناه في الفلس وادعى الامام ان بعضهم جزم به وصححها اختاره
في المرشد ووجهه انه لا يقدر على رد العين فجاز ان يرجع الى مثلها كما لو هلكت والصحيح في ابن يونس
وغيره الاول لان جعل مال الغاصب كالهالك اولى من جعل مال المغصوب منه كذلك لتعديه
وقد امتنع ذلك فلم يمتنع الاخر من طريق الاولى قال وان خلطه باجود منه فهو بالخيار
بين ان يدفع اليه مثله منه اي من المغصوب منه على الاجود لان بعضها عين حقه وبعضها خير
مما فات عليه قال وبين ان يدفع اليه مثل ماله لان الخلط جعله كالتالف دليله انه لو اتلف
صبرة طعام فبيعه على صبرة اخرى قبل القبض حكم بانفساخ العقد كما لو تلفت واذا كان كالتالف
وجب رد بدله وهذا ظاهر النص وعلى هذا يملك الغاصب المغصوب وهو مخالف لاصول الشافعي
قال وقيل يجبر على الدفع اليه منه لان انساب المغصوب صفة لحقه بالخلط زيادة
متصلة حصلت بيد الغاصب فهي كما لو دفع الرد فهذا هذا وهذا ما ادعى الامام انه كلام العراقيين
ذهبوا اليه وانه متجه وفي المسألة قول اخر ان المخلوط يكون مشتركا بينهما بالنسبة فاذا كان قيمة
المغصوب درهما وقيمة الذي خلط به درهمين كان المخلوط بينهما اثلاثا وهو مخرج من قول الشافعي
في الفلس في نظير المسألة مع قول اخر موافق للنص عليه كما هنا الحاقا بالخلط بالصبغ وبما
لو خلط الماء بغير فعل وفعل الامام والمتولي هذا القول اظهر والاول هو الاظهر عند الاكثرين
ومنهم من قطع به وفرق بانه اذا لم يثبت الشركة هناك لا يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج الى
المضاربة وهنا يحصل للمالك تمام البدل على القول المخرج يباع المختلط ويقسم الثمن على
نسبة القيمتين فان كان ما يخص المالك من الثمن قدر حقه لم يبق له طلب وان كان اقل من حقه

كان له بعينه وذهب النقص على الغاصب قال المحلي والشيخ في المهذب لانه نقص بفعله وقال
الماوردي الامر كذلك الا ان يكون النقص لرخص السعر فلا يضمنه ولو اراد قسمة المخلوط على
قسمة المقوم فالظاهر انه لا يجوز لانه يكون اخذًا بثلثي صاع بجودته في مقابلة صاع وهو
ربا وعن رواية البويطي انه يجوز وبنى ذلك على ان القسمة افراز حق لا بيع فيه وقد حكيت
مثل هذا الخلاف في مسئلة الفلس وضعف المتولي هاهنا ان القسمة تكون افراز حق
اذا كان احدهما لا يزيد على الاخر في ماله سيما في مقابلة زيادة يستوفيها وهنا المالك برضى
باخذ ثلثي صاع فما يحصل من الجودة في ثلثي صاع قال وان خلطه بارْدى منه فللمغصوب
منه الخيار بين ان ياخذ حقه منه وبين ان ياخذ مثل ماله لانه تعذر منهما بدفع الصورة عينه
فعلى هذا ان اختار اخذ حقه منه فهل يرجع بارش النقص الذي دل عليه كلامه في المهذب
لا فانه قال اذا امتنع الغاصب من الدفع اجبر عليه لانه رضي باخذ حقه ناقصا ولذلك كلام
الماوردي فانه قال يكون مسامحا بالجودة والذي صرح به في الوسيط والتتمة وعن بعضهم انه
وقيل لا يجبر الغاصب على الدفع اليه منه لما ذكرناه من انه صار كالمستهلك وهذا ما حكاه
الشيخ وقال الامام انه ظاهر النص وحكى عن بعضهم القطع به وقيل يصير المخلوط شركة
بينهما فاذا كانت قيمة المغصوب درهمين وقيمة المخلوط به درهما كان بينهما اثلاثا فيباع ويسلم
للمغصوب منه الثلثان فان نقص ما اخذه عن قيمة ماله اخذ من مال الغاصب فلو اراد
قسمته بالنسبة فمنهم من خرجه على الخلاف السابق فيما اذا خلط الاجود ومنهم من قطع
بالمنع لانه يؤدي الى ربا فيمتنع مع الارش فلا حاجة الى احتمال القيمة المستعلمة على التفاضل
واعلم ان ابن يونس قال بعد حكاية القول المخرج في مسئلة الخلط بالاجود انه جاز
لو خلطه بمثله او اردى منه وقيل يختص القول بالاجود وما ذكره من جريانه في الاولى
ظاهر واما جريانه فيما اذا كان الخلط بالمثل فهو عين ما حكاه الشيخ فان القائل به كما
حكاه الامام وغيره قال الواجب للمالك مختص بهذا المخلوط ولا يعداه ويشبه الوصول
اليه ان يسلم اليه مثل مكيلته من هذا المخلوط وهو موافق لما حكيناه في باب الفلس
في نظير المسئلة اذا امتنع البائع الرجوع وكلام ابن يونس يوهم انه غير ما حكاه
الشيخ وقد حكينا على هذا القول ان البائع لو طلب بيع المخلوط وقسمة ثمنه هل يجبر
عليه المفلس فيه وجهان ويظهر جريانهما هاهنا قال وان خلط الزيت بالشيرج

وتراضيا

وتراضيا على الدفع منه جاز لان الحق لهما ولا يعدوهما قال فان امتنع احدهما لم
يجبر الممتنع لانه لا يلزم الغاصب بذل ما لم يجب عليه ولا المغصوب منه قبول ما لم يجب
له فعلى هذا يكون كالمستهلك قال الشيخ وجها واحدا فيغرم الغاصب مثل الذي
غصبه منه وقيل بجريان القول المخرج هاهنا ايضا وهو ما حكاه المتولي وقال
ان تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن جاز وان اراد قسمته جاز وكان المغصوب
منه بائعا ما يصير في يد الغاصب من المغصوب بما يصير في يده من مال الغاصب وعن المتولي
افتراضه بيع المخلوط وقسمة ثمنه على قدر القيمتين وحكى الماوردي فيما اذا طلبا القسمة
على نسبة القيمتين وجهان مبنيان على ان القسمة بيع او افراز فعلى الاول لا يجوز وقد يظهر
فرع خلط الخل بالخل واللبن باللبن كخلط الزيت بالزيت والدهن بالدهن كخلط
الحنطة بالحنطة ان قلنا الدهن مثلي كما صار اليه ابن سريج وان قلنا متقوم كما صار اليه
ابو اسحاق وابن ابي هريرة فان قلنا المخلوط كالهالك فالواجب القيمة وان قلنا بالشركة
فيباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين فان اراد قسمة عين الدهن على نسبة القيمتين فهو على
ما ذكرناه في قسمة الزيت ان جعلناها افرازا جاز وان جعلناها بيعا لم يجز لان بيع الدهن
بالدهن لا يجوز بخلاف بيع الزيت بالزيت والحنطة بالحنطة وابو اسحق بالشيرج حكى الشيخ
والامام عن الاصحاب الحاقه بخلط الزيت بالشيرج واستبعده وقال انما هو صبغ الثوب
ولو كان المغصوب دراهم فخلطها بمثلها ولم يتميز جزم ابن الصباغ بالشركة وحكى صاحب البحر فيما اذا
خلطها بدراهم لغيره وجهين احدهما يقسم بينهما والثاني بينهما بالخيار بين القسمة والمطالبة بالمثل
كما لو كانا مختلطين قال وان احدث فيه عيبا بان كان ثوبا فصبغه فان لم تزد قيمتهما
ولم تنقص اي مثل ان كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمته مصبوغا خمسة عشر
قال صار الغاصب شريكا له بقدر الصبغ اي بقدر الصبغة وهذا بنوه كما نسبه عليه الشافعي
والروياني وابن الصباغ وذلك لان صبغه يصير الثوب عليها بالشركة تعين لذلك فتعذر الدفع التفريق بينهما فان الصبغ
عين الصبغ الى عين الثوب فلا يمكن تفويتها عليه كما لو غصب طعاما فخلطه بطعام اخر ولو امتنع
الغاصب من البيع عند طلب المالك جزم الغاصب الحسين والامام بعدم اجبار واحد منهما على
البيع عند عدم امكان فصل الصبغ لكونه منعقدا وفي المهذب وعن انه يجبر عليه وكذا لو
امتنع المالك مع طلب الغاصب على احد الوجهين وهو المختار في المرشد ومقابله هو الاظهر

في الرافعي وحكى الماوردي وجه الاجبار بما اذا لم يبذل المالك قيمة الصبغ اما اذا بذلها
فلا اجبار وجها واحدا وحكى القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وجها ان المالك للثوب اذا بذل
قيمة الصبغ يملكه اجبر الغاصب على قبولها كما قلنا في المستعير مع المعير وهذا ما حكاه السنجي
عن القديم قال الرافعي ولا فرق في جريان هذا الوجه بين ان يكون الصبغ مما يمكن فصله ام لا وحكى
السنجي قولا اخر عن القديم ان مالك الثوب اذا اراد اخذ مصبوغا من غير ان يغرم للغاصب قيمة الصبغ
كان له كما لو كان الثوب خاما فقصره قال ابن الصباغ وهذا رجوع عنه وحكى الامام عن رواية
صاحب التقريب هذا القول في امكان فصل الصبغ وعدم امكانه لكنه قيد حالة امكان الفصل بان يكون
المفصول لا قيمة له ثم قال ولهذا الذي ذكرته في الصبغ الذي اراه في غاية البعد فانه ان
تخيل محل مسامحة الصبغ المعقود لتمويه فهو مما يمكن فصله بعيب قال فان اراد الغاصب
قلع الصبغ لم يمنع لانه عين ماله يمكن من اخذه كالغرس في ارض مغصوبة ثم ان قلع عرسه وقل ان
نقص القلع قيمة الثوب لم يمكن منه وان كان يمكن النقص لا فيه تسليط عرق ظالم على بعض ملك الغير
قال وان اراد صاحب الثوب قلع الصبغ وامتنع الغاصب اجبر عليه كالجبر على قلع النخل اذا غرسها
قال وقيل لا يجبر وهو الاصح لان الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به الى ذلك لامكان الثوب
حتى بالبيع فلا يعود ان يستوي سلفهما العنبر بخلاف الغراس لانه لا سلف فيها فالقلع وانما الارض يعود
الى حالها والثوب لا يعود الى حاله فضرر الغرس لم يستقر لانه يرتفع وضرر الصبغ مستقر وهذا
قول ابي العباس وعليه الاصحاب كما حكاه القاضي الحسين ومحل الخلاف عندنا اذا لم يكن الصبغ
قد احدث زيادة تفوت بالاستخراج اما اذا لم يكن الصبغ قد احدث زيادة تفوت بالاستخراج
اجبر على استخراجه ونقص الثوب بفعله وقد حكى عن العراقيين ان محله اذا نقصت قيمة الصبغ بالقلع
اما اذا لم ينقص اجبر قولا واحدا وجزم به المراوزة في الحالين وحكى عن ابن سريج ابطال فصل الصبغ
ان كان ينقص او لا لكن ما يحدث في الثوب من نقصان بسبب الفصل لا يجبر عليه فرع اذا نقصت
قيمة الثوب في حال الصبغ بالقلع كان ذلك على الغاصب ولو كانت الثوب قيمته عشرة والصبغ قيمته
خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ ثلثين واجبر الغاصب على قلع الصبغ فعاد في حفظ الثوب
الى عشرة فهل يجب لصاحب الثوب العشرة التي كان يستحقها بلا خلاف ما لو فصله الغاصب مختارا فانه
يضمنها قاله الماوردي والبندنيجي قال وان وهب الصبغ من صاحب الثوب فقد قيل يجبر على قبوله
لانه غير متميز عن الثوب فاجبر على قبوله كما يجبر الزوج على قبول نصف الجارية المصدقة اذا طلق قبل

الدخول

الدخول عند مسامحة الوجه والعباس على اجبار البائع على قبول النعل اذا وجد المشتري
بالدابة عيبا وكان نعله ينقصها اذا نزعه المشتري قال الرافعي ولو لحق هذا الوجه بما
اذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته ثم اطلع على عيبه فرده مسامحا بالصبغ كان اقرب
لما ان الصبغ يصير ملكا للبائع واما في مسالة النعل فانه يجبر على قبول الدابة وفي زوال النعل
في ملكه اختلاف قد مر في موضعه قلت بل الاقرب ما ذكرناه لان مسالة الصبغ التي ذكرها
في الرد بالعيب مصورة بما اذا كان الصبغ لا يمكن فصله والكلام هنا في صبغ يمكن فصله او لا يمكن
كما سنذكره فكان القياس على مسالة النعل اولى لانه يمكن فيها الفصل متشابه له وعند امكان
فصل الصبغ هنا من طريق الاولى بخلاف ما لو الحق بالصبغ كان حاله امكان انفصال الصبغ هنا
لا يعتبر في الاجبار فيها دليل وهذا الوجه حكى السنجي انه ظاهر قوله في الام حيث قال
لو غصب ساجة وسقيها واصلحها ابوابا وسمرها مسامير من عنده ثم رد الابواب على مالكها
ووهب له ما فيها من المسامير لزمه قبوله قال وقيل لا يجبر وهو الاصح لانه عين
قابلة للانفصال فاشبه ما لو كانت منفردة وكما قلنا في النعل اذا تركها فانه لا يجبر على
قبولها اذا علل به القاضي ابو الطيب وخالف مسالة النعل لان الغاصب متعد والمشتري
غير متعد ومما قاله القاضي يظهر ان محل الخلاف فيما اذا كان يمكن انفصاله كما صرح به الماوردي
وكذلك الطرق الروياني في البحر وهبة المسامير في الباب الذي اتخذه من اللوح المغصوب وفي هبة
الغراس في الارض المغصوبة وانفق في حكاية الخلاف في هبة اصحاب القاضي الحسين
وفي النهاية ان العراقيين قالوا لا فرق في جريان الوجهين بين ان يكون الصبغ مستعقدا لا يمكن
فصاله او يمكن فصله ولا بين ان ينقص قيمة الصبغ او الثوب بالفصل ام لا وان معتمدهم انهما
الاتصال وقيام الصبغ مقام الصنعة وضعف قولهم وحكى طريقة اخرى عن الاصحاب في
محل الوجهين احدهما ان كان الفصل يعسر بحيث لا يبقى فائدة الفصل لاحتماله او
كان ينقص قيمة المفصول او الثوب فهو محل الوجهين والثانية ان كان يحصل منه نقص في الثوب
لا يجري في قيمة المفصول فهو محلهما وما عداه لا يجبر فرع اذا قلنا بالاجبار فلا حاجة الى لفظ
القبول ولا بد من جهة الغاصب من لفظ يشعر بقطع الحق كقوله اعرضت عنه او تركته او
امرته عنه او اسقطته كما حكاه الامام ثم قال ويحتمل ان يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك
قال وان زادت قيمة الثوب والصبغ اي بسبب ارتفاع سوقهما وبسبب العمل كما صرح به السنجي

والقاضي ابو الطيب وغيرهما قال كانت الزيادة بينهما اما في الحالة الاولى فلانها زيادة في

مال منسوب الى كل منهما واما في الثانية فلانها بفعل الغاصب في ماله وفي مال المغصوب منه حصلت

فكانت زيادة في ماله وفي مال المغصوب منه لتعدي الغاصب بالفعل فيه والزيادة مقسومة على

نسبة قيمة الثوب والصبغ في الحالة الثانية مصرف لصاحب الثوب في ما لها بلغاها وللغاصب بلغها

كذا في الحالة الاولى ان كان ارتفاع السوق فيهما على نسبة قيمتهما بان بلغت قيمة الثوب خمسة عشر

وقيمة الصبغ سبعة ونصف اما اذا بلغت قيمة الصبغ في مسالتنا عشرين كانت الزيادة بينهما نصفين

ولو كانت الزيادة بسبب ارتفاع سعر الثياب خاصة كانت للمغصوب منه وان كانت بسبب زيادة

سعر الصبغ خاصة كانت للغاصب كما صرح به القاضي ابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وقال ان

احدهما لو زاد في ثمن المصبوغ مع ملكه على الخصوص قال بعض الاصحاب يسمى على مع وطعن

ارض لا عمل لها اذ لا يمكن الانتفاع باحدهما الا بالآخر وهذا غير ما حكاه الامام لكنه لم يعرضه

في محل الزيادة بل حكاه في اصل المسألة قال الرافعي والاظهر منهما المنع قال وان نقصت

قيمة الثوب اي فصل ان صارت تساوي عشرة حسب النقصان على صاحب الصبغ لان جرم الثوب باق وحقيقة

جرم الصبغ يحتمل ان يكون قد نقص بسببه وتفرق اجزائه ويحتمل ان يكون لاتصاله بالآخر وهو

من فعل الغاصب فحسب النقص عليه ولو عادت قيمة الثوب والحالة هذه الى عشرة فلا شيء للغاصب

وليس له الاجبار على القلع ولا هبة الصبغ لانه مستهلك ولو اراد قلع الصبغ فان له ويغرم ارش النقص

قال المزني لا يقلع لانه لا يابى في القلع قال ابو اسحق وهذا خطا لانه عين ماله ومنزله عين مال وله اخذه

ليصبغ به او لم يصبغ ولانه ربما يصبغ به في ثوب آخر ولو حصل النقص بسبب سعر الثوب مثلا بان عادت

قيمته غير مصبوغ خمسة وقيمته مصبوغا عشرة فلا يلزم الغاصب في هذه الحالة من صرح به ابو

الطيب وابن الصباغ والامام والمتولي وهذا كله اذا كان الصبغ للغاصب اما اذا كان للمغصوب الثوب

فان كانت قيمتهما بعد الصبغ كاملة فلا شيء وان نقصت قال القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهما

فالنقص على الغاصب الا ان يعلل النقصان بنقص السعر فانه لا يضمن لان نقصان السعر لا يضمنه

الغاصب مع رد العين وما قاله ظاهر فيما اذا كان الصبغ مما يحصل وكان بسبب النقص نقصان سعر

الثياب اما اذا كان بسبب نقصان سعر الصبغ فينبغي ان لا يضمن لان الصبغ صار كالمستهلك

كما سيتفق عليه فيما نحكيه من الفروع من بعد عن الماوردي واذا كان كذلك ضمن قيمته اكثر ما كانت

من حين الغصب الى حين الصبغ كما حكاه الماوردي فيما لو كان الصبغ زعفرانا بخلاف ما اذا كان النقص

بسبب

بسبب سعر الثوب لان الثوب غير مستهلك ولو زادت قيمتهما فالحكم كما لو فعل ثم الا ان

يطالبه باستخراج الصبغ قال الرافعي والامام نعم وقال الماوردي يعطون ان كان له في ذلك غرض

مثل ان يحتاج الى الصبغ او الى الثوب ابيض او نحو بعد استخراجه اكثر قيمة او في الاستخراج

مؤونة يذهب بها ما ينتظر قيمته فله المطالبة وان لم يكن له فيه غرض فان لم يستضر الغاصب بنقص

يحدث فيه فهل يؤخذ باستخراجه او لا فيه وجهان كالتحجر في الارض احدهما نعم وعلى هذا يضمن

ما نقص من القيمة ولا يضمن زيادة ان كانت قد حدثت بالصبغ ولو طالبه بغرم النقص من غير استخراج

احب اليه ولو كان الصبغ لثالث فان كانت قيمتهما بحالها فهما شريكان بلا غرم وتكون الحكم كما لو

كان الصبغ للغاصب قال في المرشد الا انه اذا اراد صاحب الصبغ قلعه ونقصت قيمة الثوب كان

النقصان على الغاصب وقال الماوردي اذا كان قيمة الصبغ والثوب عند الصبغ وبعده متساوية

وبذل رب الثوب لرب الصبغ قيمته اجبر على قبولها لانه لا يقدر على عين ماله الا بتلف مستهلكا

في الثوب وان رب الصبغ لو بذل قيمة الثوب قيل له انت مخير بين احدهما وبين بذل قيمة الصبغ

ولو زادت قيمتهما كانت الزيادة بينهما وان نقصت القيمة فان كان النقصان بسعر الثياب كان

من صاحب الثوب وان كان لنقصان قيمة الصبغ كان النقصان محسوبا على صاحبه ويرجع به على

الغاصب ولو كان النقصان للعمل صرح به في المرشد وقياما له نظر من وجهين احدهما

انه على ان النقص بسبب نقص سعر الصبغ من ضمان الغاصب وهو مخالف لما ذكرناه فيما اذا كان

الصبغ لصاحب الثوب ونقصت قيمته بسبب نقصان قيمة الصبغ انه لا يضمن ولا يظهر بينهما فرق

الثاني ان قوله ولو كان النقصان للعمل فان النقصان بسبب العمل تارة يستوعب قيمة الصبغ

وتارة لا يستوعبها وهو فيما اذا لم يستوعبها كما اذا صارت قيمة الثوب بعد الصبغ اثني عشر

ظاهر لان اجزاء الصبغ قد تفرقت فاضيف النقص اليه ولذلك على ان الماوردي والبغوي حكيا فيما

اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمتهما بعد الصبغ خمسة عشر ان كلا منهما

يرجع على الغاصب بدرهمين ونصف من بعض ما غصب له اما اذا استوعب النقص قيمة الصبغ بان

كان الثوب مصبوغا يساوي عشرة فلا يظهر لكون جرم الصبغ باقيا فيخف سقط حق مالكه

من التعلق به وبخالف ما اذا كان الصبغ للغاصب فانه في هذه الحالة جعل جابرا لما نقص من

مالية الثوب على ان هذا يوجد حيوانه من كلام الامام فانه جزم بان الربح لو طرأت ثوبا الى اجانه

صباغ فانصبغ نصبغ ثمنه خمسة ولم يزد قيمة الثوب بسببه شيئا او كان الصبغ مفقودا

لا يملك فصله ان حق مالك الصبغ قد حبط ومن بعجب من ذلك فلينظر الى مسئلة المفلس وفي
ما اذا اشترى ثوبا بعشرة وصبغه بصبغ قيمته عشرة فاذا قيمته مصبوغا عشرة. نعم قال الاصحاب ان
ما يقع النقص يرجع فيه ونستبد به وان فيه عين الصبغ وحيث جعلنا في مسئلة طريان الثوب الى الاجانة
فلذلك قال الرافعي لاحدهما عند نقص قيمة الثوب والصبغ ان يطلب الآخر الفصل ولا يغرم اذ
لا تعدي ولو اراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة فعلى ما تقدم فروع لو غصب سمنا وعسلا
ودقيقا فعصده قال السنجي ان لم تزد قيمة ذلك ولم تنقص او زادت فالكل للمالك وان كان قد نقص
واستقر اخذه وما نقص بالخلط وان كان غير مستقر فالحكم كما في الحنطة اذا بلت ٥ لو كان الصبغ
باذن المالك وقد حصل نقصان فلا ضمان على الغاصب ولو اذن له ثم قال رجعت في الاذن قبل الصبغ
وقال الغاصب بل بعده فالقول قول الغاصب قال في الحاوي ولو
اختلفا في ان المغصوب منه للغاصب او للمغصوب منه قال الماوردي نظر ان كان مما يمكن فصله فالقول
قول الغاصب وان كان مما لا يمكن فصله فالقول قول المغصوب منه لانه صار مستهلكا في الثوب يجري
مجرى اجزائه ٥ اذا زوق الدار المغصوبة بما لو نزع يحصل منه شيء فالحكم في جواز النزع والاجبار عليه
وفي قبول هبته كما ذكرنا في الصبغ الممكن فصله وان كان التزويق محض تمويه لا يحصل منه عين
لو نزع فليس للغاصب النزع ان رضي المالك وهل له اجباره عليه فيه وجهان في التهذيب قال
وان عمل فيه عملا زادت به قيمته بان قصر الثوب وحمل من الحشيش سوارا فهو متبرع بعمله لانه لم
يأذن له فيه ولا حق له فيما زاد لانه حصل بما هو متبرع به وهذا الحكم فيما لو غصب غزلا فنسجه
او نقرة فضربها او طينا فضربه لبنا وهل للمالك اجباره على اعادة النقرة كما كانت ونسجها واللبن
طينا فيه قال الامام الذي قطع به الائمة ان له ان يكلفه ذلك والنظر الى منع الاغراض فاما على
احكام ممكنة وهذا مقطوع به في الطرق قال وفيه تنبيه على اصل وهو ان من غصب شيئا على صفة وغير
صفته لم يكن على حكم فهل للقاضي مطالبته برد صفته اذا امكن قال وهو موافق لما حكيته عنه فيما اذا
كان الصبغ لمالك الثوب ان له اجباره على فصله مطلقا وقد يجري ههنا ما حكيناه عن الماوردي من
التفصيل والخلاف في مسئلة الصبغ وبهذا القول بعدم الاجبار على النزع ما ذكره صاحب التهذيب
في اخر الفروع المذكورة قبل قال وان غصب دراهم واشترى بها سلعة في ذمته ونقد الدراهم
في ثمنها وربح رد مثل الدراهم لانها من ذوات الامثال وقد تعذر ردها فيغرم مثلها قال
وفيه قول اخر انه يلزمه ردها مع الربح لانه نما ملكه وفي ذلك حسم باب ارتفاق الغاصب بالمغصوب فانه

ربما

ربما يتخذ ذلك ذريعة الى تحصيل الارباح وهذا ما علل به الشافعي هذا القول في القديم وحكاه
القاضي ابو الطيب في كتاب القراض حكى ان شيوخنا العراقيين مثلوا القصال (?) وبني على ان
البيع الموقوف يصح عنده فان له في البيع الموقوف قولين وان ابا العباس وابا اسحق امتنعا ان يكون
له قول في وقف العقود وانهما ابدا الاول بانه لم يفصل بين ان يكون التصرف في العين او في الذمة
وانما يتصور الوقوف اذا كان التصرف بعين المال وفي البحر في كتاب القراض ان بعض اصحابنا قال ان
للشافعي قولا في الجديد بوقف العقود وسنعيده في كتاب القراض قال والاول اصح فان
المشتري مضمون على الغاصب لو تلف تلف على ملكه ولو كان الربح للمغصوب منه لكان مخالفا
لنهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن وهذه المسئلة تعرف بمسئلة البضاعة فيها قال
كلام البحر يقتضي ان يكون الربح للمالك من غير تعلقه باجازة العقد وهو موافق لما حكاه من
تعليل الشافعي وقد حكاه الامام عن معظم المحققين لكنه علله بتعذر البيع وقال ان في كلام
القاضي اشارة اليه وهو بعيد ومعظم الاصحاب صرحوا بان المالك بالخيار في الاجازة وعمومه هذا
انه ان لم يجز انعطف التصرف الى القياس القول الجديد ولو لم يظهر في المال ربح فلا مساغ للقول
القديم ولا بيع الا اتباع القياس اللهم الا ان تكثر التصرفات ويعسر تتبعها بالنقض فان شيخي
قال الجواب انتهى وكلام السنجي يقتضي ان القول القديم يجري عند حصول الربح وان لم يكن
العقود بحيث يعسر تتبعها بالنقض ومن طريق الاولى اذا كثرت وقد حكى الامام عن بعضهم اختصاصه
بما اذا كثرت وعسر التتبع وكلام البحر يقتضي انه لا فرق وحكم بانه ليس يشتري الغاصب عند الشراء انه
ينقد الدراهم في الثمن او يعن له ذلك من بعد وقال الامام فيما اذا عزم للوفاء بعد الشراء بيع
ان يخرج على بيع القديم ان صدقه صاحب الدراهم وان لم يصدقه فالحكم كما تقدم فرع
لو اشترى الغاصب بعين المال شيئا وباع وهو عالم وعسر تتبعها بالنقض فعلى الجديد العقود
باطلة وعلى القديم كما حكاه السنجي وغيره في الوكالة والامام في القراض ان رب المال بالخيار بين ان
يجيز البيع ويأخذ الربح له وبين ان يبطله ويحصل له بدل ماله واراد الغزالي في اوائل البيع
وحكم ان الخلاف في هذه المسئلة في الجديد وهو ما صرح به الامام في كتاب الغصب قال
وان غصب شيئا وباعه ونقضه المشتري كان للمالك ان يضمن من شاء منهما لثبوت يده على مال الغير
من غير استحقاق قال فان علم المشتري بالغصب لم يرجع على الغاصب اي اذا
غرم لانه غاصب ويكون المال عنده فاستقر عليه الضمان فالغاصب من المالك وله ان يرجع على

الاول بالثمن ان كان قد قبضه منه قال وان لم يعلم فقد التزم ضمانه بالبيع لم يرجع به اى على الغاصب
لقيمة العين والاجزاء اى مثل ارش اليد اذا سقطت في يده او عيب حدث فيها عنده وغرمه لانه دخل
على ضمان ذلك بالبدل فاسد اى بالتقويم المقتضى وجوب الضمان وفي تعليق القاضي الحسين ان هذا في
ارش ما تلف بفعله اما ما تلف بآفة سماوية فهو قال المسا[..] يرجع به على البائع وقال المزني هذا خلاف
اصله لانه لو قال لو تلف الجملة لغرم قيمتها لا يرجع والاجزاء حكمها حكم العين وقال ابن سريج ان قلنا لا
يرجع فالوجه ما ذكره المزني اي بوجهه ما ذكره المزني وان قلنا لا يرجع فظاهر النص توجيهه
ان العاقد دخل في العقد على ان يضمن الجملة دون الاجزاء يدل عليه ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري ثم
اطلع البائع على عيب في الثمن فليس له ان يسترد المبيع مع الارش ويرد الثمن بل اذا رد له الفسخ والرجوع
بالمبيع بلا ارش او الرجوع بقيمته وقد ذكرت انا في باب الخالف شيئا يتعلق بذلك وقطع بر
المسئلة قلت قال وانا قلت كلام الشيخ يفهم ان المشتري التزم ضمان المبيع بالقيمة
فلذلك لم يرجع بها فهو ممنوع بل المشتري انما دخل على ان يضمن المبيع بالثمن فلو كان اذا كان الثمن الف
والقيمة الفين وغرمها ان يرجع بالالف الزائد لانه لم يلتزمه قلت قد حكى صاحب رفع التمويه على
التنبيه حرفا وقال انه لا يرجع على البائع بالقدر الزائد من القيمة على الثمن وحكاه الامام عن صاحب التقريب
وقال انه قال العزيز ومن بعده من الاصحاب قد فاتهم اعتبروا مقابلة الصبغ بالثمن ولا نظر الى الثمن بل الواجب
قيمة الشيء بالغة ما بلغت فان علقة الضمان متعلقة بالعين وعلى هذا فقال للسائل بما ذكره من ان كلام
الشيخ يفهم ضمان القيمة ممنوع لان الملتزم ضمانه بالبيع هو ما دخل على ان يقابله بعوض فاصح به الشيخ
وهو المبيع واجزاؤه وقول الشيخ لم يرجع به لا يعود الضمير في ذلك الى الملتزم ضمانه بالبيع لانه بالف
بل يعود الى المغروم عنه وقوله لقيمة العين والاجزاء تفسير للمغروم ومن لكن يقع السؤال عن تخصيصه
ان يقال في المسئلة ان قلنا المشتري في البيع الفاسد يضمن ضمان المغصوب فلا يرجع بما غرم من القيمة
مهما كانت كما اطلقه الاصحاب وان قلنا انه يضمن قيمته يوم القبض او يوم التلف وكان ما غرمه اكثر من
ذلك فيحتمل ان يقع في رجوعه به قولان كما في المستعير من الغاصب اذا تلفت العين في يده وفرعنا على
الصحيح في انه يضمن قيمته يوم التلف وكان ما غرمه اكثر منها فان في رجوعه بالقدر الزائد قولين كما
حكاهما القاضي ابو الطيب وابن الصباغ وغيرهما واحدهما علم الرجوع والعدم الرجوع وقد
اعرب مجلي فحكى انا ان قلنا في البيع الفاسد لا يضمن الا القيمة وقت القبض ان ما كان من زيادة بعد
القبض يختص الغاصب بحملها ولذا ما حدث فيه من نقص وعزا الاخير الى رواية الربيع في الام ولعله

اراد ان المشتري لم يرجع عليه بذلك والا فالمودع من الغاصب يطالبه بقيمة العين وان كان قد
دخل على انه لا يضمنها قال وما لم يلتزم ضمانه ولم يحصل له به منفعة كقيمة الولد
ونقصان الولادة رجع به على الغاصب لانه لم يرض به ولم يحصل له في مقابلته منفعة وكان مغرورا
به وما قاله الشيخ هو ما حكاه الامام عن العراقيين وحكاه عن المراوزة القطع بانه لا يرجع بنقصان
الولادة وهما قاله محال الغزي وحمل عن احدهما ان القاضي من المراوزة وقد قال بمثل ما حكاه اخر والبا[..]
ان اكابر العراقيين من القاضي ابي الطيب والشيخ والماوردي وصاحب البحر قطعوا بعدم الرجوع
بنقصان الولادة ولا يمكن حمل ما قاله الشيخ والقاضي على ما اذا سمنت في يد المشتري ثم زال
السمن بسبب الولادة كما صرح به صاحب رفع التمويه على التنبيه وما قاله المالكي وغيره على ما اذا
نقصت عن الحالة التي اشتراها في القيمة ان الاستناد انما يسمع الاستغراق على طريقة في شرح الفروع
انه لا يرجع بقيمة الولد الحر لان منفعة حرية الولد تعود اليه قال وما حصل له به منفعة
كالمهر والاجرة وارش البكارة فقد قال في القديم يرجع لانه دخل على ان ذلك لا يكون مضمونا عليه
كقيمة الولد وان تلف لم يرجع عليه وهذا ما قال في البحر انه المفتي به عندي وقال في الجديد لا
يرجع لان الغاصب متسبب والمشتري مباشر والضمان متعلق بالمباشر دون المتسبب
ولانه حصل له في مقابلته منفعة فصار بدلها بخلاف الولد فانه لم يحصل له في مقابلته قيمة
بدله ولا الاد والخلاف المذكور يجري فيما لو كان المغصوب شاة فنتجت او شجرا فاثمرت فذبح
السخلة واكل الثمر وهل يرجع بما غرمه عنهما ام لا او لدا فيما لو اكره امراة على التمكين من
الزنا وانكر وحلا على الزنا وقلنا بما له فالرجل يغرم المهر فهل يرجع به على المكره فيه هذا
الخلاف صرح به المتولي وقد الحق المتولي ايضا مسئلة الهاتف الحكم ما اذا كان المغصوب دارا
فانهدم بعضها المشتري وبناها فان علمه رد العرصة وما بني فيها منها منقوضة
وعليه اجرة مثلها من حين القبض الى حين النقض واجرة العرصة الى حين الرد والنقض عليه لجرحها
ساه فيها وله ان يرجع على الغاصب بنقض المالك ولا يرجع بقيمة الاجزاء وهل يرجع بالاجرة
فيه الخلاف وعلى الامام ومن تابعه في الرجوع بنقص البالك خلافا فانه قيل القاضي في
الرجوع بسبهان الاول الكلام اخر يقتضي ان محل الخلاف في الرجوع بالاجرة اذا استوفى
المنفعة اما اذا لم يستوفها بل اوجبنا الاجرة عليه لكون المنفعة فاتت تحت يده فانه يرجع
بها وجها واحدا وهو ما حكاه القاضي اخر وحكاه في البحر عن بعض الاصحاب وحكي عن بعضهم

انه لا فرق بين ان يستوفي المنفعة او تفوت تحت يده وتحته والذي صححه الرافعي الاول وحكى
المتولي الخلاف ايضا واجراه فيما لو طلعت السخلة التي انتجتها الشاة تحت يده او لبنها ولو
نهاع ولدها ولذا الثمرة الحاصلة من الاشجار المبيعة الباقي قوله فالمهر وارش البكاره
هذا بطريق انا قد حسبنا فيما يجب عليه اذا وطئ البكر بلا شبهة احدهما مهر بكر وارش البكاره والثاني
مهر ثيب وارش البكاره والثالث مهر بكر لا غير وعلى كل حال فلا يتجه ان يرجع بارش البكاره
لانا ان اوجبنا مهر بكر وارش البكاره او مهر ثيب وارش البكاره فقد جعلنا ازالة البكاره
حاصلة على الحرو وقد تقدم ان الاجزاء اذا ضمنت لا يرجع بغرامتها وان قلنا مهر بكر لا غير فلا ارش
نعم حتى يرجع به ولاجل هذا جزم الماوردي والعلامة سوالطف والمدريجي بعدم الرجوع بارش
البكاره وعابه المصنف بتوجيه ما ذكر الحق كاحده المتولي وجماعة بعدها ساق ما حسناه على القاضي
المذهب ان الشرا تضمن تسليط المشتري على منفعة البكاره فانه لا يتمكن من الاستمتاع الا
بفوت البكاره فنزلت تلك الجلدة منزلة منفعة البضع فرع اذا وهب الغاصب الجارية المغصوبة
لانسان واتت منه بولد هل يرجع بقيمته على الغاصب حكى الرافعي فيه وجهين على قولنا يرجع بقيمته
اذا اتت منه في مسئلة الكتاب ووجه الفرق ان الواهب متبرع والبائع ضامن سلامة الولد له
غرامة وما قاله لا يصح لانه حتى في البيع الفاسد ان المشتري يغرم قيمة الولد ويستقر عليه
ولو كان البائع ضامنا لسلامة الولد لما رجع بقيمته اذا كانت الجارية له على انا حكينا ثم
عن القاضي ما يمكن ان يدفع به هذا السوال قال كان ضمن الغاصب محل ما يرجع به
المشتري على الغاصب اي بقيمة الولد ونقصان الولادة على زعمكم يرجع به اي على المشتري
لغرو عن العاقبة فلم لو احد سببا لا يستوذ منه قال وكل ما لم يرجع به المشتري
على الغاصب اي بقيمة الولد والاجزاء من حين قبض العين الى حين التلف يرجع به الغاصب لان قرار
الضمان على المشتري ويرجع عليه اما اذا ضمن الغاصب فيما بعد الغصب للتهمة الى قيمة يوم
قبض المشتري فلا يرجع بالقدر الزائد على المشتري لانه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يطالب
به ابتدا فروع لو اجر الغاصب المغصوب وسلمه كان للمالك مطالبة ايهما شاء فاذا
غرم المستاجر الاجرة لا يرجع بها على واحد ويرجع بالمهر وان غرم قيمة العين او الاجرة رجع
بها قولا واحدا جزم به الروياني وفي الوسيط ان العراقيين قالوا ايد المستاجر والمرتهن
فهما لذا العارية لان ايديهم عوضا في ايديهم بخلاف المودع والوكيل بعض جعل اذا زوج المالك

العصو

العصوبه وغرمه المالك اجرة المنفعة فهل يرجع بها سطوان استوفاها فلا والاصح وان
غرمه قيمة العين رجع بها وان غرمه المهر لم يرجع به لانه دخل في العقد على ان يقوم عليه
قال القاضي والمتولي وغيرهما ويخالف المغرور بالحرية اذا بان المغرور حقيقة الحال بعد
الوطء وفسخ فانه يرجع بالمهر على القول القديم والفرق انه ملك المحل وحصل له بذلك
المنفعة وهو انما بذل المهر على ان يسلم له البضع وقد بان معيبا ولا يلزم الرضا بالعيب
واذا فسخ فقصد الفسخ بالعيب استرجاع البدل فيرجع به وههنا لم يملك المحل فقد
دخل في العقد على ان يقوم عليه بشرط ان لو كان ممن لا يحل له نكاح الاماء فان العقد باطل
لا يرجع بالمهر قال وان كان المغصوب طعاما فاطعمه انسانا فان قال هو مغصوب
فضمن الغاصب رجع به على الاكل لعقد سبب الضمان وهو الغرور مع دخوله على انه يضمن
وان ضمن الاكل لم يرجع به على الغاصب لانه غاصب استهلك المغصوب قال
وان قال هو لي فضمن الغاصب لم يرجع به على الاكل خلافا للمزني لان اقراره المدعى ملكه
لما اخذه منه فلا يرجع به على من ظلمه قال وان ضمن الاكل رجع في احد القولين لانه
دخل على انه لا يغرم وقد غرم مستندا الى تغرير الغاصب فرجع عليه وهذا هو القديم
ويروى في بعض كتب الجديد قال ولا يرجع في الاخر وهو الاصح لانه المتلف في
منفعة نفسه والغاصب متكو للغرور فانه يدعي انه قدم الطعام قال وان قدمه
الدولم يقل هو لي او مغصوب فضمن الاكل رجع في احد القولين دون الاخر يعلمهما ما
ذكرناه وحكى الماوردي عن البصريين من اصحابنا انهم جزموا بالرجوع مطلقا وحكوا الخلاف فيما اذا
وهب الطعام منه والتصقه اياه فاكله وفرقوا بان استهلاك الاكل باذن الغاصب حصل فرجع
عليه واستهلاك الموهوب له حصل بغير اذن الغاصب فلم يرجع عليه وهذه الطريقة
توجد من كلام المتولي فانه جعل الخلاف في الهبة مرتبا على الخلاف في القديم واولى بالرجوع
والاصح في الكل عدم الرجوع ويسلوك السبع في هذه المسئلة استغنينا بما ذكر فيما اذا قال
هو لي فان الغرر فيه ابلغ ومع هذا لم يثبت الرجوع فكان فيما دونه من طريق الاولى فرع
لو اجملها في العلم بالحال والجهل به قال الماوردي ان قال الواهب علمت انه مغصوب فالقول قول
الواهب لانه زعم فساد الهبة قال فان ضمن الغاصب فان قلنا لا يرجع الاكل على الغاصب
رجع الغاصب لاستقرار التلف تحت يده بخلاف المسئلة التي قبلها لانه ثم اعترف بانه مظلوم بما غرمه

فنبوا خذ بإقراره فالــــ وإن قلنا يرجع الآكل لم يرجع الغاصب لعرو ذلك عن الفائدة
ثم لا يخفى أن محل ما ذكرناه من الرجوع على الآكل إذا كان حرا مطلقا أما لو كان عبدا أو بهيمة قال
كان بغير إذن مالكهما فهو مضمون على الغاصب وحده يرجع به عليه ولا يرجع به على مالك البهيمة والعبد
ولا يتعلق برقبتهما شيء قاله الماوردي وقال الرافعي وغيره ما أتلفه العبد هل يتعلق برقبته يخرج على الخلاف
إن قلنا يرجع به على الحر فقد جعلنا ذلك بمنزلة الجناية فيتعلق ذلك برقبة العبد وإلا فلا وإن كان
أطعمها نابت مالكيها فإن علم عنده أمه أنه مغصوب فهو مضمون عليه وقرار الضمان عليه وإن لم يعلم فإن
سلمه الدهجي يقول هو طعام البهيمة والعبد كان في حكم الموهوب له وإن لم يسلمه إليه كان في حكم
الآكل وفرعان أحدهما إذا غصب شاة وأمر قصابا بذبحها جاهلا بالحال كان قرار الضمان على الغاصب قال
الرافعي ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام لأنه ذبح للغاصب وهناك انتفع به لنفسه قال السبكي وكذا في كل
ما استعان به الغاصب عن طحن الحنطة وخبز العجين وقطع الثياب ونحو ذلك الثاني ــــ لو أمر الغاصب إنسانا
بإتلاف المغصوب فقتل أو حرق أو كسر فعل ولم يعلم أنه مغصوب فغرمه المالك فهل يرجع على الآمر
خلاف مرتب على الخلاف في الآذن في أكل الطعام وأولى بعدم الرجوع لأن الإتلاف لا يباح إلا لحاجة
خلاف الأكل صرح به القاضي الحسين والمتولي قالــــ وإن أطعم المغصوب منه المغصوب
فهو يعلم بري الغاصب لأنه استهلك مال نفسه باختياره مع علمه بالحال فالــــ وإن لم يعلم ففيه
قولان أحدهما يبرأ لأنه أتلف مال نفسه فأشبه ما لو كان عالما وهذا ما رواه الربيع قالــــ والثاني
لا يبرأ لأنه أزال يده وسلطانه ولم يعد ذلك بعقد يمد اليد فلم يحصل التسليم وهذا هو المنصوص وجعل
القاضي الحسين والرافعي أصل الخلاف في هذه المسألة الخلاف في أن قرار الضمان على الآكل إذا كان
أجنبيا أم لا إن قلنا إنه يستقر عليه الضمان بري الغاصب هنا وإلا فلا ومن هذا ظهر أن
الصحيح أنه يبرأ كما صرح به ابن يونس وغيره وحكى الإمام عن الأصحاب أنهم قالوا البراءة هنا أولى
من الاستقرار هناك لأن تصرف المالك في ماله بالإتلاف يتضمن قطع علقة الضمان عن الغاصب
لكن الفتوى بعدم البراءة هو الذي صححه في البحر وحكى عن النص أنهم قطعوا به فيما إذا قال
للمالك كله وكذا الإمام ابن الصباغ وغيره من العراقيين رحمهم الله فلو لم يطعم الغاصب المالك الطعام
لكن المالك أكله على أنه طعام الغاصب برئ وجها واحدا صرح به المتولي وما ذكرناه من
الخلاف والوفاق في مسألة الكتاب يجري فيما لو أودع المغصوب من المالك أو رهنه عنده أو أجره
منه فتلف في يده كما صرح به الماوردي وغيره وقد ظهر من هذا أن الخلاف في مسألة الكتاب

مادته

مادته الخلاف في قرار الضمان على الآكل إذا كان أجنبيا فإن قلنا لا خلاف أن قرار الضمان فيها على
الغاصب فإن أجري الخلاف في قرار الضمان على المرتهن والمستأجر ونحوهما وعلى كل حال فالمذهب
في هذه الصورة عدم البراءة كما صرح به الرافعي ولو باعه من المالك أو أعاره أو أقرضه برئ
اتفاقا وكذا إذا استأمنه ولو كان المغصوب عبدا فأعتقه المالك بوكالة الغاصب له فهل
يعتق وجهان أصحهما نعم لمصادفة ملكه كما لو أعتق عبد غيره في ظلمة مثلا فإذا هو عبده
والثاني لا لأنه هاهنا مغرور في العبارة وهذا ما نسبه ابن الصباغ إلى رواية الحاوي فإذا قلنا على الأول
فهل يبرأ الغاصب فيه وجهان أصحهما في الرافعي أنه يبرأ وفي البحر الأصح خلافه ولو كان المغصوب
جارية فزوجها من المالك وأولدها بعد الاستيلاد قطعا وبرئ الغاصب وشبه بعض الأصحاب
بالخلاف فيه كذا قاله الإمام وفي الوسيط وظاهره يوهم أن الخلاف في البراءة لا في نفوذ الاستيلاد
وفي الوسيط صرح بأن الشبه في الاستيلاد ولو قال للمالك أعتق هذا العبد عني فالمذهب أنه
لا يعتق عنه وفيه وجه حكاه المتولي أنه يعتق عنه كما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت قال
العتق يتضمن التمليك وعلى المذهب هل يعتق على المالك فيه وجهان قالــــ وإن رهن المغصوب
منه المغصوب من الغاصب لم يبرأ من الضمان أي الآن بقبضه أو تأخره بعده المرتهن خلافا
للمزني لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤديه والمعنى على اليد ضمان ما أخذت حتى
تؤديه ولا يمكن إضمار رد ما أخذت فإنه لو كان مراد المال قال حتى تؤده لأنه غنيمة لا يتبع
طريان الضمان عليه يوجب أن لا ينافي ضمانا سابقا له قالوا استأجر المالك الغاصب لخدمة
العبد المغصوب كذا قاله القاضي أبو الطيب ولأن الرهن لا ينافي الضمان بدليل ما لو رهنه
شيئا فتعدى فيه فإنه لا يبطل الرهن وإذا لم ينافه فلا يمنع منعا زواله كما في حال الاستدامة
واعترض الإمام في كتاب الرهن على قياس رهن المغصوب على تعدي المرتهن بأن طريان العدوان
ليس إحداث المرتهن ما لم يجر له أن يجر [illegible] هذا إذن المالك للغاصب في
8 الإمساك ثم قال ومن لا يستشعر غموض هذه المسألة فليس من الفقه في شيء فإن قيل
ضمان الغاصب عدوانه وقد انقطع الآن بإذنه مسألة في وجه عن مضمونه فإن قيل لو رهن
المعير العين المعارة من المستعير زال عنه الضمان على أحد الوجهين فهلا كان هذا
مثله قلنا الخلاف في براءة المستعير من ضمان العارية وعدم البراءة منه حكاه المتولي
هنا والماوردي في كتاب الرهن على أن العارية هل تبطل بالرهن أم لا ومن حكم بعدم بطلان

العاريه وهو ان الصباغ حصر محل الخلاف في البراه وعدمها بما اذا دفع العين في العاريه
واذا ان بذلك فضمان العاريه انما كان بسبب الارتفاع والانتفاع بملك الغير لا عن استحقاق
وقد زال وههنا الضمان ضمان يد واليد قائمه حسا ومشاهده وهذا ما اشار اليه
المتولي قال [redacted] وان اودعه اياه فعند قيل يبرا لان الوديعه تنافي الضمان فكانت متضمنه
للبراه وهذا ما ذهب اليه ابو علي الطبري واكثر الاصحاب كما حكاه القاضي ابو الطيب في باب
الرهن وقيل لا يبرا وهو قول ابن ابي هريره وهذا الخلاف فرع السبب من الخلاف فيما اذا تعدى
المودع في الوديعه ثم احدث له استئمانا او هو هو ولا خلاف في انه لو باعه منه سقط حكم
الضمان ولو اجره او اوصى بمنفعته ووقف وقيل قال المتولي هو وجهان احدهما وهو الذي قاله
العراقيون انه لا يبرا والثاني وهو اختيار القفال انه يبرا لان منفعته بل عائده الى الاجر لانه
يستحق الاجر والثواب في الغصبه فاقام مقام الاجر ورتب الماوردي في كتاب الرهن الخلاف
في براءه الغاصب بالاجاره على الخلاف في براءته بالايداع وقال الاولى البراه لان الاجاره صنف
من الصنع نجر وفيه على الوديعه لكن قال الاول ان لا يبرا وقال لو وكله في بيعه من غيره او في سحنه
اياه ففي براءته من الغصب الخلاف في الاجاره واولاهما ان لا يبرا قال العراقي لانه كالمستاجر فيه
الا ان عرض المالك هنا في البدا اظهر وبوقته في ذلك لان هذا يقتضي حصول البراه وجوابه
انه لما قال انه كالمستاجر فيه اقتضى انه لا يبرا الا احدهما كما حكاه من قبل عند الكلام في الرهن منه
ثم ذكر مستند الخلاف وهو ان عرض المالك في البدا اظهر وقد ذكرته احر الوكاله شيئا
يتعلق بذلك فليطلب منه ولو صادر المالك الغاصب على المال المغصوب فلا ابراه وجه
في الحاوي بالتهاوي وهو الاصح عندها انه لا يبرا ما لم يتصرف واذا تصرف فان وقع عقده
بعين المال سقط عنه الضمان بتسليمه وان وقع على ما في الذمه ثم نقد الثمن لم يبرا
والفرق انه اذا اشترى بعين المال صار دافعا المال الى مستحقه عن اذن مالكه فبرى من
ضمانه واذا اشترى في ذمته صار قابضا لدين يتعلق بذمته فلم يبرا من الضمان فرع
اذا كان المغصوب منه حاضرا فطالبه الغاصب بقبض ماله وجب عليه فان امتنع ناب
الحاكم من يقبضه عنه ولو كان غائبا فقبضه منه الحاكم برى لكن هل يجب على الحاكم قبضه
منه وجهان في التتمه قال [redacted] وان فتح قفصا عن طائر فوقف ثم طار لم يضمنه لان الطير
له اختيار بدليل توقيه المحارم وطلبه المرعى وقد وجد من الفاتح سبب غير ملجئ من الطائر

مباشر

مباشره فرجح على السبب والحق بالسبب غير الملجئ عن المكره وشهود الزنا ونحوهما وهذا ما
حكاه العراقيون وحكى صاحب المهذب وغيره طريقه اخرى تجري قولين في الضمان وتنسب في
المهذب قول الضمان الى القديم وغلط في البحر من صار الى وجوب الضمان وحكى الرافعي عنه
وعن البحر اي حكى السلمي وغيرهما اختيار وجوب الضمان على هذا لو دخلت هره الى القفص
وقتلت الطائر عقيب الفتح او سقط القفص بخروج الطائر فانكسر او كسر الطائر
بطيرانه شيئا ضمنه الفاتح لان فعل الطائر على هذا القول منسوب اليه كذا حكاه
الرافعي عما جمع من فتاوي القفال وهو قياس ما ذكره العراقيون صريحا في افساد الدابه
الزرع والعلف انه لا يضمن على مستعيره قال [redacted] وان طار عقيب الفتح اي من غير مهيج
ففيه قولان احدهما انه لا يضمن لانه طار باختياره فاشبه ما لو وقف ثم طار وقد
وافق الشيخ في هذا التصحيح القاضي ابو الطيب والقول الثاني انه يضمن لان من طبع
الطائر النفور ممن قرب منه فاذا طار عقيب الفتح عرف ان طيرانه لنفوره فصار كما
لو نفره وقد حكى في التهذيب ان هذا القول هو القديم والذي حكاه القاضي ابو الطيب
والبندنيجي ان المنصوص في القديم انه لا يضمن مطلقا وقد حكى في البحر ان ظاهر ما نقله المزني وجوب
الضمان ومن قال اكثر الاصحاب واختاره الشيخ ابو اسحاق وابن ابي هريره وفي المرشد
وقال في الرافعي انه الصحيح وحكى عن بعضهم القطع به وحكى طريقه اخرى وهي ان خروج
الطائر ان كان من غير اضطراب فلا ضمان وان اضطرب عقيب الفتح ثم خرج ضمن لانه
يدل على جزعه ونفرته ولو كان الطائر في اقصى القفص فاخذ يدب قليلا قليلا ثم طار
قال القاضي الحسين حكمه حكم ما لو طار عقيب الفتح ولا خلاف انه اذا نفر الطائر بعد الفتح
ضمن وادعى الماوردي فيه الاجماع وحكم حل رباط الدابه او فتح باب الاسطبل عنها اذا
خرجت عقيب الفتح او سرعت في المشي من اقصى الاصطبل الى ان خرجت او خرجت
بعد الفتح بساعه حكم فتح القفص وحكى الامام عن شيخه انه كان يشبب
بالفرق بين الحيوان النافر بطبعه وبين الانسي وانه جعل خروج الانسي على الاتصال
كخروج النافر على الانفصال وقال انه مقايس وحكم حل قيد العبد والمجنون وفتح
باب السجن عنه حكم حل رباط البهيمه فيما ذكرناه كذا قاله الغزالي وغيره من المراوزه
والحلاق لما ذكرناه يقتضي انه لا ضمان وكذلك الروياني ووجهه بانه لا يستمسك بالقيد

عرفاوا بدا الروياني في الضمان احتمالا لبعض الاصحاب ولو كان العبد عاقلا بطران
لم يحض ابقا فلا ضمان ولذا لو كان ابقا على الصحيح ومنهم من جعل حل قيد
البهيمة وهو ما حكاه القاضي الحسين وتابعه صاحب المهذب مانعه الفصل السابق
فرع ان احدهما اذا فتح مراح الغنم فخرجت ليلا ورعت زرعا للغير فان كان
الفاتح المالك وجب عليه الضمان وان كان غيره فلا ضمان عليه عند العراقيين وبه
جزم في البحر لانه لا يجب عليه حفظها بخلاف المالك وعن القفال انه يضمن اذا حل دابة
مربوطة عن علف او شعير فاكلته بهيمته لان الاكل من المعلف دونه وكذا لو نشر
انا في الدار فاكله بهيمته قال الماوردي سوا الضل ذلك بالحل والفصل عنه فال
وان فتح رفا فيه مايع وانه فوما فيه اي في الحال ضمن لانه محفوظ بوكايه وحله له سبب تلفه
ولاسي يوطعه متعلق به الحكم وكذا لو اند فق بعضه فابتل اسفله او تقلب احد جانبيه
فسقط وذهب ما فيه لان فعله سببه وقيل ان كان المالك حاضرا وامكنه التدارك
لكون الخارج سيئا فلم يفعل فلا ضمان وبخالف ما لو قتل عبده او حرق ثوبه وامكنه
منعه من ذلك فلم يفعل حيث يجب الضمان ان القتل والحرق مباشر وحل الوكا سبب والسبب
يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بيرا فمر بها انسان وهو يراها وتقدر
على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها فانه لا يضمن كذا قال في البحر فال وان نشفته
ثم وقع بالريح اي ونحوها في معناه من زلزلة او سقوط طاير عليه ثم سال ما فيه لم يضمن لانه لم يوجد
الخروج بفعله ولا بسبب فعله قال ابن الصباغ ولهذا الحكم فيما لو لم يعلم كيف سقط وحكم
حل السفينة وغرقها عقيبه او بعد بسبب ريح او نحوه حكم الزق الذي فيه المايع فلو غرقت
بعد الحل ولم يظهر سبب حادث ففي المهذب والتتمة وغيرهما في وجوب الضمان وجهان قال في الحاوي
والبحر ويخالف مسالة الزق فان الما هلا المتلف والرافعي قال ان الخلاف جار في مسالة الزق
فال وان كان ما فيه جامدا فذاب بالشمس فخرج اي وفات الزق على صفة لو كان ما فيه ذايبا
لخرج عقيب الفتح ضمن لان الشمس لا توجب خروجه انما تحصل بعارض الشروق فاشبه هبوب الريح
فال وقيل يضمن لما ذكرناه مع ان الشمس يعلم شروقها فيعد الفاتح معرضا ما فيه للشمس والكل
نصبع بخلاف هبوب الريح فانه ليس مما ينتظر وعن القاضي الحسين اجرا الوجهين فيما اذا ازال اوراق
الكرم وجرد عناقيده للشمس حتى افسدتها واجرايا ايضا فيما اذا ذبح شاة انسان فهلكت سخلتها او حمامه

فهلك

وهلك فرخها لفقدان ما يصلحهما واجراهما المتولي ايضا فيما لو كان لانسان زرع ونخل واراد
سوق الما اليهما فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت وكذا اجرايا فيما لو نقل صبيا الى مسبعة
فافترسه سبع او الى ارض مخوفة فحبسه حتى ... لكن الاظهر هنا عدم الضمان وهو ملحظ الامام انه
نص الشافعي والغزالي جعله ومسلة الشمس سوا وال الخلاف انه لو حمله الى مسبعة فاتفق ان سبعا
افترسه انه لا ضمان فرع ان احدهما لو كان ما في الزق جامدا فحله واخر وقرب احد
نارا منه فخرج فقد قيل لا ضمان على واحد منهما وان قلنا انه اذا خرج بالشمس يضمن قال
في الحاوي لان طلوع الشمس معلوم فصار كالمتصل به ودنو النار غير معلوم فلم يصر متصلا
له وقيل يجب الضمان على المقرب للنار وهو ما احكاه في المهذب وجعله في الرافعي الاظهر والعراقي
الاصح واجرا الغزالي الوجهين فيما لو قرب الفاتح النار منه وقال في البحر والحاوي انه يضمن وجها
واحدا التالي اذا فتح رفا مستعمل الراس وما فيه سيل فنفسه اخر حتى شرع خروج ما فيه
فقد قيل في ضمان الخارج بعد السيل وهل يختص به السيل وهو الاصح في الرافعي لانه كالذابح
مع الجارح ... الزق السقا وجمعه في القلة ارفاق وفي الكثرة زقاق ورقاق ويسمى الزاد بيت
دنان ودنات فال وان سقى ارضه فاسرف اي جاوز ما يطلق ارضه في العادة لان
الاسراف المجاوزة الحد حتى اهلك ارض غيره او اجج نارا ليلها او سعلها على سطحه فاسرف
حتى تعدى الى سطح غيره واحرقه ضمن لتعديه بالاسراف وكذا لو لم يسرف في النار لكنه اوقدها في
وقت هبوب الرياح وللامام القاضي الحسين في باب وضع الحجر تعليق ... في هذه الحالة خلافا فانه
حكى عن الاصحاب فيما اذا اشعل نارا في ملكه وطارت منها شرارة الى ملك الغير انه لا يضمن وقال
العقال ان كان في وقت هبوب الرياح وفي ظلمة الليل وجب الضمان والا فلا وفي الحاوي في كتاب
الصائل على البهائم انه اذا احرق بالنار حشيشا في ارضه فتعدت واحرقت زرع غيره فان
كان زرع الغير متصلا بالحشيش فلا ضمان وان كان منفصلا عن الحشيش فان كان الريح
مصروفة عن جهة الزرع بهبوبها الى غيرها فلا ضمان وان كان هبوبها الى جهة الزرع
ففي الضمان وجهان وجه الوجوب ان من طبع النار ان يسري الى جهة الريح ووجه
المنع ان هبوب الريح ليس من فعله وقال فيما اذا ارسل الما الى ارضه فخرج الى ارض غيره
فافسدها او فات الذي ارسله الى الزرع لهكثرته وقدر على حبسه ففي الضمان وجهان
وجه المنع ان الما قد كان يصل الى ارضه كصبه فصد عنه اما اذا استقى من

عن اسراف كما اذا سقى ارضه بما يحمله عادة فتعدى الى ارض او اوقد في وقت سكون الريح
ما يحتمله سطحه ثم عصفت الريح فشرع في طفيها فعجز واحرقت فلا ضمان لعدم التفريط
ولو كان في ارضه نقب فسقى ارضه من غير اسراف فنفذ من النقب الى ارض غيره قال المتولي
ان علم بها ولم يسدها ضمن وان لم يعلم بها لم يضمن وقال القاضي الحسين انه يضمن سواء علم بها
او لم يعلم لانه مفرط حيث لم يطلع ولم يسد وكذا لو كانت ارضه مستعلية فسقاها فخرج
ماؤها الى ارض غيره ضمن ما لم يسدها على ما جرت به العادة فرع لو سكنا في ان الساقي
او الموقد اسرف ام لا قال الامام لا ضمان ولو غلب على الظن مجاوزة الحد من غير قطع قال الامام
يحكم على غلبة الظن في النجاسات قال وان غصب حرا على نفسه لزمه تخليته
من طلبه فان استوفى منفعته ضمن الاجرة لانها منفعة تضمن بالاجرة فضمنت بالغصب كمنفعة
العبد وهذا ما يحكى عن ابي هريرة وقيل لا يضمن لان الحر لا يدخل تحت اليد فمنفعته تفوت تحت
يده بخلاف العبد وهذا هو الاصح في الرافعي وبه قال جمهور الاصحاب كما حكاه الماوردي والغزالي
الخلاف على ان الحر يدخل تحت اليد ام لا قال الرافعي ولم ارد لك تعليق ولا خلاف في ان ام الولد
والمكاتب اذا حبسهما مدة لمثلها اجرة ضمن اجرتهما سواء استوفاها او فاتت
تحت يده فرع لو نقل حرا صغيرا او كبيرا الى موضع آخر فان لم يكن للمنقول غرض
الرجوع الى الموضع الاول فلا شيء على الناقل وان كان له غرض في الرجوع واحتاج الى مؤنة
فهي على الناقل لتعديه قاله المتولي ولو كان على الحر الصغير ثياب وحلي فهل يضمنها الغاصب
قال القاضي الحسين فيه وجهان احدهما لا يضمن لانه اذا لم تثبت يده عليه لا تثبت على ما
معه والثاني يضمن لانه لا يمكنه ناقص قلت وهذا الخلاف الذي حكاه انما هو اذا سرق
حرا صغيرا وعليه حلي يساوي نصابا هل يقطع ام لا وهو هو قال وان غصب كلبا فيه
منفعة لزمه رده لانه لا مستحق له سوى صاحبه منافعه مع عموم قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما
اخذت حتى تؤديه وتكون مؤنة الرد على الغاصب فلو استوفى منفعته فهل يضمن اجرته فيه
وجهان ينبنيان على جواز اجارته قال الامام في باب بيع الكلاب والذي اراه الصحيح
الاجارة وان لم نصححها فالوجه عندي ايجاب اجرة المثل فانها منافع مقصودة
تطلب بالاموال وان امتنعت الاجارة لتغليظ منع التعامل على الكلاب فلا
وجه لتعطيل منفعته ولو اصطاد الغاصب فالصيد للغاصب على وجه كما لو اصطاد بشبكة
مغصوبة وفي

مغصوبة وهو الاصح في النهاية وغيرها وللمغصوب منه على وجه كما لو اصطاد بالعبد المغصوب
لان للكلب اختيارا وعلى هذا هل يلزمه اجرة المثل في مدة الاصطياد واذا قلنا بوجوبها
فلو استعمله لنفسه فيه وجهان وجه الوجوب القياس على ما لو غصب بذرا وارضا
وزرعه فيها فان الزرع لمالك البذر والارض وعليه مثل البذر واجرة الارض وان صرفت
منفعتها لغايته فالايجاب وهذا الخلاف يجري فيما لو غصب صقرا واصطاد به قال
منفعة الكلب تكون بالاصطياد وحفظ الزرع والماشية واقتناؤه لذلك جائز وهل
يجوز لحفظ البيوت فيه وجهان ظاهر النص منهما الجواز واما الكلاب التي لا تصلح لذلك فلا
يجوز اقتناؤها لقوله صلى الله عليه وسلم من اقتنى كلبا الا كلب صيد ولا ماشية ولا ارض
فانه ينقص من اجره كل يوم قيراطان خرجه مسلم قال الامام واجمع الاصحاب على انه يحرم
تحريم واقتناء كلب الماشية والزرع لمن لا غرض له في ذلك في الحال وهو يقصده في المال فيه وجهان
اخرهما السبع ابو حامد كما حكاه ابن الصباغ في جواز اقتناء كلب الصيد وان لم يصطد
به قال وان غصب خمرا من ذمي ولم يظهرها فاتلفها مسلم لزمه ردها
لانه مقر على الانتفاع بها وفي الحمل حيث يجب وجهان الواجب عليه تمكينه منها وهذا ما
حكاه الامام عن المحققين فيما قبل باب الصيد والذبائح وان الاول كان يقطع به شيخه واشار
الخلاف يجري في مؤنة الرد اما اذا اظهرها لمسلم ولو للبيع اريقت ولا ترد عليه
قال وان اتلفها لم يضمن اي سواء كان المتلف مسلما او ذميا لانها مسكر
فوجب ان لا يستحق على متلفها قيمة كما اذا اتلفها على مسلم ولانا لا نبيح الانتفاع
به من الاسقاء اذا لم يملك الاعتياض عنه كالميتة فما حرم الانتفاع به من الاعيان
النجسة كالخمر والخنزير اولى ان لا يملك الاعتياض عنها ولانه لو ضمن بذلك لكان الكافر اذى
الى تحصيل على المسلم بسبب ثمن وذلك ممتنع قال وان غصبها من مسلم
اراقها لان النبي صلى الله عليه وسلم امر ابا طلحة باراقة ما كان عنده من خمور الايتام
حين نزل تحريمها وهذا هو الصحيح وقيل يجب ردها اليه ليستعملها في طفي نار
او بل طين ونحوه قال فلو صارت خلا رده لانه فرع ملكه ولو تلف في
يده غرمه وقيل ان الغاصب يملكه لحدوث الملك في يده وحكى ابن يونس ان وجوب الرد
مفرع على القول الصحيح في وجوب الاراقة وحكى وجهين في رده نفعهم فيه خلاف

على قولنا انها تعود اليه خمرا قبل ولو عكس الامر كان اولى ولا فرق عند العراقيين
في وجوب الاراقة بين الخمر المحترمة وهي التي عصرت لاجل الخل ابتدا وغير المحترمة وهي
التي عصرت للخمرية فاحتاه في الاستقصا في اوايل الشهاب وعند المراوزة الخمر المحترمة
لا تراق اصلا وقال الامام قبل كتاب الصداق الذي يذبح ان في ذلك احتمالا على كل حال وحكى
في كتاب الرهن قولا من قال اوجب اراقتها هدما وقال انه لم يصر اليه احد من ايمة المذهب
واما هو من زلل اصحاب الخلاف وقال في كتاب الاقرار لو اطلعنا على خمر ومعها مخايل
تشهد انها خمر خل فالمذهب انا لا نتعرض لها وقال القاضي الحسين قبيل باب الطعام او
اراقها انسان فهل يجب عليه الضمان فيه وجهان فان اوجبناه قلنا في ذلك الوجه ضمان
خل او كم قيمته في طريق مصير خلا ونوجب عليه ذلك ويخرج بين الخلاف في الضمان على
انها طاهرة او نجسة والمذهب نجاستها **فرع** من ابرز خمرا او زعم انها خمر خل قال
الامام في كتاب الاقرار قد سبق طوايف الى ان ذلك لا يقبل منه **فرع** من تحت يده خمر اذا
اراقها فجمعها جامع وصارت في يده خلا نفسه فوجهان احدهما تعود ملكا للاول والثاني
تكون للثاني لان الاول ازال يده عنها واسقط حقه منها فتكون لمن هي في يده قال ابن الصباغ
في كتاب الغصب وهذا لا وجه له لان الجامع للخمر ممنوع من ذلك ويده لا تثبت عليها فلم يصح ملكه
الخمر بذلك وقوله ان الاول اسقط حقه ليس بصحيح لانه فعل ما امر بفعله ولو كان لذلك لوجب
ان يكون مباحا كالمنبوذ ولا يختص بها الجامع بل يكون احق بها لحصولها بسببه وقد اجرى
الرافعي الوجهين فيما اذا القى الجلد فاخذه اخذ ودبغه لكن ما ضعف ابن الصباغ الوجه
الثاني منه ههنا **قال** وان غصب جلد ميتة رده لانه منتفع به وقد قال عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى تؤديه **قال** فان دبغه فقد قيل يرده كالخمر اذا صارت خلا
وقيل لا يرده اي ويكون ملكا للغاصب لان الملك فيه حصل بفعله وكان له بخلاف الخمر وحكى
المتولي عن بعضهم انه جزم بوجوب رد الجلد واجرى الوجهين في رد الخل وفرق بان يد
الخمر مستحقة الازالة شرعا فلم يجعل لها حكم ويد على الجلد غير مستحقة الازالة فكان
تفويتها جناية فلا يسقط بها الحق وهذه الطريقة ظاهرة عند من لم يفرق بين الخمر المحترمة
وغيرها وعند من فرق اذا لم تكن الخمر محترمة اما اذا كانت محترمة فهي كالجلد سوا الجواز
امساكها **قال** وان غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا رده لانه عين ماله وما

نقص

نقص من قيمة العصير اي ان حصل نقص لانه حصل تحت يده وقيل يرد الخل لما ذكرناه
ويضمن مثله من العصير لان ذلك لزمه بانقلابه خمرا فلم يسقط كما لو غصب جارية
سمينة عنده ثم هزلت ثم سمنت وقد حكى الخلاف هكذا في المهذب وعبر في التتمة عن قوله
ويضمن مثله من العصير وارش ما نقص اي من قيمة الخل والعصير الذي اخذه بدلا عن قيمة
العصير المغصوب الى حين انقلابه خمرا وهذا بنا على مذهب ابي ثور في ان الغاصب يضمن
ارش السمن ولم يظهر لي صحة ذلك فتأمله **قال** وليس بشيء لان الخل عين
العصير وانما تغير من صفة الى صفة فاشبه ما لو طرا على العين بياض ثم زال وخالف السمن
فان الثاني غير الاول قطعا وقال الماوردي ان هذا الخلاف يعني المشهور الذي ذكرناه اولا
مخرج من الخلاف فيما لو قلع سن من اثغر ثم عادت سنه بعد اخذ ارشه هل يجب رد الارش
ام لا فان قلنا يجب ردها وما نقص وان قلنا لا يجب رد الارش غرم قيمة العصير والحكم هنا
على ضمان العصير بالمثل لا بالقيمة وقد حكى الرافعي وغيره قولا بضمان المثل من العصير
وكان الخل يبقى للغاصب كالوجه الذي حكيناه فيما اذا غصب الخمر فتخللت في يده على
ان ما ذكرناه من الخلاف جار فيما لو غصب بيضا فتفرخت عنده او بذرا فزرعه فنبت
وازداد ونبت فصار فرخا فعلى الاول وهو الصحيح يكون ذلك للمالك ولا يغرم له الغاصب
الا ما نقص من قيمة الاصل وعلى الثاني يغرم البدل والحاصل للمالك على اظهر الوجهين
وللغاصب على مقابله **فرع** لو انقلب العصير خمرا ولم ينقلب خلا قال الماوردي وجب
على الغاصب قيمته وهل له اخذ الخمر فيه وجهان **قال** وان غصب صليبا
او مزمارا فكسره اي الكسر المامور به لم يضمن الارش لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله
اذا حرم شيا حرم ثمنه وهذه الصفة محرمة فلا قيمة لها اما اذا زاد على القدر المامور
به لزمه ما بين قيمته مكسورا بالكسر المباح وغيره وقد اختلف الاصحاب في
حد الكسر المامور به على ثلاثة اوجه احدها ان يكسر حتى ينتهي الى حد لا يمكن اتخاذ
المحرم منه لا الاولى ولا غيرها والثاني ان يزيله عن حالته التي هيئت
لاستعماله عليها فالصليب بوضع احدى الخشبتين عن الاخرى والعود يزيل وجهه
حتى يبقى خشبة وهذا ما حكاه في البحر والثالث وهو الاظهر ان يكسر حتى لا يمكن
اعادته الى تلك الحالة الا مع تعب قال الرافعي وما ذكر من الاقتصار على تفصيل الاجزا

فهو اذا مثل المحتسب عنه اما اذا منعه من هو في يده وكان يدفع عن المنكر فله
ابطاله بالكسر قال الامام ولم يختلف احد من اصحابنا بقطع الاوتار مع بدل الالات
وادعى في الوسيط في ذلك الاجماع [illegible] الصليب يجمع على صلب وصلبان و[illegible]
مصلب عليه ينقش بالصليب قال الماوردي موضوع على معصية لزعمهم ان عيسى ابن مريم
عليه السلام قتل وصلب على مثله واعتقدوا اعظامه طاعة والتمسك به قربة
وقد اخبر الله بكذبهم فيه وبعصمتهم به تعالى وما قتلوه وما صلبوه ولكن شبه لهم
وقال تعالى وما قتلوه يقينا والثاني انها ترجع الى العلم به وبعدمه وما قتلوا العلم يقينا
من قولهم قتلت ذلك علما اذا محصته ومنه جا الحديث قتل ارض جاهلها وقتل ارض عالمها
المزمار بكسر الميم واحد المزامير وزمر يزمر زمرا فهو زمار قال الجوهري ولا يقال
زامر وقال للمزمار مزمور بفتح الميم وضمها قال النواوي وما لوجهين ضبطناه في الحديث
فائدة وان اختلفا في رد المغصوب فالقول قول المغصوب منه لان الاصل عدم
الرد وان اختلفا في تلف المغصوب وادعاه الغاصب وانكر المالك فالقول قول المالك
على وجه لان الاصل البقا والاصح ان القول قول الغاصب لان ذلك قد يكون حقا
يعجز عن اقامة البينة فلو لم يصدقه لخلد في الحبس عليه ولم يجد منه مخرجا فعلى هذا اذا
حلف فهل يغرمه البدل فيه وجهان وجه المنع انه يزعم ان العين باقية فلا يستحق
القيمة والاصح ان له ذلك اذا تعذر الرجوع عليه بسبب الحلف قال
وان اختلفا في قيمته فالقول قول الغاصب لانه غارم والاصل براءة ذمته وعلى المالك لك
البينة بقدر القيمة انه لم يرض بما قاله الغاصب ويحلف عليها عند ابي اسحاق شاهد
ويمين [illegible] عند ابي [illegible] طريق ذلك طريق الحكم فلا بد من السا[illegible]
[illegible] وقال ابو الحسن والاولى قول ابي اسحق كما حكاه للرسل في ادب القضاء له
وليس للبينة ان تشهد بان قيمة المغصوب كذا فالمقام من يشهد على الصفات دون
القيمة لم يحكم [illegible] الا عند [illegible] على الوصف في التقويم لان المشاهدة هي المعرفة بالقيمة
وعن صاحب التقريب [illegible] ان الاعتماد على الصفات وينزل على
اقل الدرجات [illegible] السلم والفرق على الاول ان السلم من باب الرخص فلا نقاس
عليه وعلى هذا لو ابعد الغاصب في التعليل مطالب ان ينزل الى اول درجة

نختمل

يحمل على الصفات ولو ذكر الغاصب ان القيمة ماية وقام المالك [illegible] بانها
فوق الماية ولم يعينوا قلت المنهاج في وجوب الزيادة على المابة على الاصح وهو الذي
عليه الاكثرون وقابل ذلك ان يرد على ما اذن [illegible] وكان زاد [illegible] كانت
القيمة اكثر من هذا فحلفه الزيادة الى ان ينتهي الى موقف يقطع المشهود بالزيادة عليه
قال الامام ولا يحصر ما صورنا بالغصب بل لو ادعى رجل على رجل الف درهم فاعترف المدعى
عليه بخمسمائة فقام المدعي بينة بان من خمسمائة فالامر يجري على التفصيل الذي ذكرناه
ولو وقع اختلاف المالك والغاصب في صفات المغصوب فقال المالك انه سالم الاعضا
والغاصب انه مقطوع اليد فالقول قول المالك على الاصح من القولين ولو قال الغاصب به
عيب من اصل الخلقة مثل ان ولد اكمه او انه ولد اعمى او اعرج او عديم اليد فالقول قوله على
الاصح وقيل القول قول المالك في نفي ذلك وقيل ان كان ما ادعاه الغاصب مما يندر من العيوب
فالمصدق المالك وان كان مما لا يندر فالمصدق الغاصب ولو ادعى المالك ان المغصوب كان كاتبا
او محترفا وانكر الغاصب فالقول قوله على الاصح وحكى العراقيون ان القول قول الغاصب في
الصورتين الاولتين [illegible] باب العتق ويحوي [illegible] الاخر بان القول قول الغاصب
وليختم الباب بفروع تتعلق به وهو اذا غصب ارضا وحاله فيها ينقسم اربعة اقسام
الاول ان بنى فيها وغرس فيظر ان كان البنا والغراس له اجبر على قلعه مجانا ولا اجبر
على حد قيمة البنا والغراس وان كان قلعه ينقص الارض لما روى هشام بن عروة عن ابيه ان رجلا
غصب ارضا من رجل من بني بياضة من الانصار وغرسها نخلا فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فامر بقلعه وروي انه قال ليس لعرق ظالم حق قال عروة واخبرني من راى الفوس تعل في اصولها
وفي قوله نخلا عما [illegible] ان احدهما طوال والثاني انها قد عمت بجبرها ومنه قوله صلى الله عليه وسلم
عمتكم النخلة يعني بجبرها وهل بل عنا بها خلقت من فضل طينة آدم فصار ربحه في النسب
والعروق اربعة عرقان ظاهران البنا والغراس وعرقان باطنان البير والنهر [illegible] عليه
الماوردي في اثنا الباب اذا [illegible] فاذا قلع البنا والغراس بطم في الارض فان لم [illegible] بالقلع
فلا شي على الغاصب سوى الاجرة وان نقصت لكونها صارت حفرا فعلى الغاصب [illegible]
الشافعي قال [illegible] الارض [illegible] في قلع [illegible] المستوعبة ان عليه
تسوية الارض واختلف الاصحاب [illegible] في المسلة فبعضهم خرج المسلة على قولين وبعضهم

وفرق بان الغاصب متعد فغلظ حكمه بالارش والبايع غير متعد فخفف حكمه بتسويه
الارض فعلى هذا هل تجب الاجرة مع الارش او يتم الارش فيه وجهان في البحر قال في الثوب عسر
واستبعد محلى القول الثاني هنا ولو باع الغاصب ذلك من مالك الارض صح ولو باعه مع
غيره فان كان شرط القلع بطل وان كان شرط القلع والنقض جاز وان اطلق فوجهان
ولو باع مالك الارض الارض صح وكان للمشتري اجبار الغاصب على القلع ولا يستحق البايع
ارش نقص الارض بالقلع لان المشتري دخل على عيبه قال الماوردي ويكون البيع سببا
لسقوط الارش عن الغاصب ولو كان البناء والغراس لصاحب الارض فان رضي باخذها
ترك الحله ولا شي عليه من مؤنة الغراس والبناء وليس للغاصب ان يزيل ذلك ولو طالبه المالك
بالازالة نظر ان كان له غرض صحيح اجبر عليه ولزمه غرم نقص الغراس والبناء فان نقل الغراس
والبناء عليه نقص الارض ايضا وان لم يكن في قلعه غرض صحيح للمالك فهل يجبر على القلع فيه
وجهان فان قلنا بعدم الاجبار فللمالك مطالبته اذا لم يقع بارش ما نقصه القلع عن الحالة
التي كان عليها المغصوب قبل الغرس والبناء لانه لما استحق المطالبة به مع الزام مؤنه
القلع فاولى مع عفو عنها وان قلنا بمقابله فلا ولو كان البناء والغراس مغصوبين من
مالك واحد غير رب الارض والبناء والغراس ان يأخذ الغاصب بالقلع ويرجع كل منهما
عليه بارش ما نقص ولو اشترى مالك الارض الغراس والبناء كان له مطالبة الغاصب
بالقلع ان كان له غرض ويرجع بنقص البناء والغراس دون الارض ولو هرب الغاصب عن
ان يلزم لها مؤنة القلع واجلها في كلها فهل يجب عليه منهما فيه وجهان ولو كان الغراس
في الارض وقلعه الغاصب فان كان باقيا ففي كيفية ضمانه لاصحابنا ثلاثة اوجه احدها
ما بين قيمة الشجر قائما ومقلوعا والثاني ما بين قيمة الارض ذات شجر قائم وبين قيمتها
والشجر مقلوعا منها لان بعد به قد يسري الى الارض والثالث انه يضمن اغلظ الامرين
وان كان قد استهلك الشجر بعد قلعه فعلى الاول يضمن قيمة الشجر قائما وعلى الثاني ما نقص
قيمة الارض بقلع الشجر وعلى الثالث اغلظ الامرين كذا قاله الماوردي القسم الثاني
ان يدفن فيها ميتا فان الغاصب يجبر على نبشه وان كان بعد ما [illegible] كذا
نبش ضمن ارش نقصها كما تقدم ولو قال المالك انا اترك الميت في الارض ارضى ببعض
الارض بالدفن ففي اجبار الغاصب على بدله وجهان في الحاوي القسم الثالث

ان

ان ينقل ترابها فله حالتان احداهما ان يكون قد كشط من وجه الارض فللمالك اجباره
على رده على صفته ان كان باقيا ومثله ان كان تالفا سواء كان للمالك به نفع ام لا وسواء
عظمت مؤنة ذلك او خفت ولو لم يجد مثله ضمن القيمة ومنها وجهان احدهما وهو
ما نقله المزني عن الشافعي في الجامع انه يقوم الارض وعليها التراب الذي اخذ منها
ثم يقوم بعد اخذه منها ويجب ما بينهما والثاني الزم الامرين من هذا ومن قيمة التراب
بعد ما نقله عن الارض حكاه الماوردي ولو لم يطالبه المالك بالرد نظر ان كان للغاصب
في الرد غرض بان دخل الارض نقص يرتفع برد التراب او كان نقله الى ملكه او الى
ذا غيره او الى شارع يحذر فيه الضمان فله الاستقلال بالرد ان يعسر عليه في الصورتين
الاخيرتين نقله الى موات او نحو ذلك قاله الامام والماوردي دون ما اذا يسوى له عند
اعادته بسطه كما كان فان منعه المالك من بسطه لم يبسطه وان كان في الاصل مبسوطا
وان لم يكن له غرض فان منعه المالك من الرد لم يرده وان لم يمنعه فهل يستقل الى الارض فيه
وجهان في التتمة قال في وجهين في انه لو منعه خالف ورد فهل للمالك تكليفه بالنقل
ثانيا ان كلفناه ازالته من غير اذنه وان قلنا لا فلا بد من اذنه وهو الاظهر الحالة الثانية
ان يحفر في الارض بيرا او ينقل ترابها فان امره المالك بطمها لزمه ان كان له فيه
غرض صحيح والا فوجهان حكاهما الماوردي وان لم يامره كان له ان يستقل به [illegible]
للمزني يلزم مراضاه على تركها فقال وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه في
حفرها وليس لرب الارض ان يطالبه بمؤنة السد وانما له ان ياخذه منه مثل ما
بالسد كذا قاله الماوردي ولو منعه المالك من السد وقال رضيت باستدامه
البير فان كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان التردي فله الطم وان لم يكن
له غرض سواه فوجهان اظهرهما وهو قول ابن ابي هريرة المنع ويندفع عنه الضمان وهو
عن ان يقع [illegible] وقد عبر الماوردي عن محل الوجهين بما اذا ابراه المالك من
الضمان وقال الامام ليس معناه حقيقة الابرا فان الضمان حق عساه يثبت للمتردي
فكيف يبرا عن حق الغير قبل ثبوته وانما المراد الرضا بابقا البير وقال ايضا ان محل جواز
الطم له اذا [illegible] التراب المنقول اما اذا تلف ففي جواز الطم بتراب اخر
دون اذن المالك وجهان قال الرافعي والظاهر انه لا فرق بين ذلك التراب وغيره

ولو لم يقل المالك رضيت باستدامة البناء والغراس بل المنع من الطرفين فالمنصوص انه لو صرّح
بالرضا وقال الامام لا يستقيم ولو قال الغاصب قد طمّ البئر من مال نفسه فله نقضه
وللمالك اجباره عليه فان وهب ذلك منه لم يلزمه القبول على اظهر الوجهين ثم اذا اعاد
هيئة الارض الى ما كانت في الحالين اما بطلب المالك او دونه فان لم يحصل في الارض نقص
فلا ارش عليه وعليه الاجرة وان دخلها نقص فعلى الغاصب مع ما ذكرناه في حال البنا
والغراس القسم الرابع ان يزيل الارض في يده من غير ان يتصرف فيها فيجب عليه
اجرة المثل فلو نقصت بسبب ترك الزراعة كارض البصرة ضمن ارش النقص قال في التهذيب
اخر غصب المشاع منصوص عليه قال المسعودي في كتاب الشرح اذا كان العبد بين شريكين
فغصب رجل حصة احدهما ثم ان الغاصب والشريك الاخر باعا العبد من رجل بيع
جاز في نصيب الشريك البائع ولا يجوز مع الغاصب ثم احتاده القاضي ابو الطيب في شرح
الفروع في مسئلة اولها ان رجلا دخل شريكه في عبد ان يبيع نصيبه مع نصيبه واذا كان
في ذلك منصوصا فمنصوص في غصب الغاصب من طريق الاولى لان هذا سار الاصحاب قبل الكلام
فيما اذا اقر بعض الورثة بنسب وكذبه الاخر الى ان الوارثين اذا وضعا يديهما على التركة
يكون يد كل واحد منهما على جميعها كما سنذكر ان شاء الله تعالى ٥

باب الشفعة

الشفعة من شفعت الشيء اذا ضممته وثنيته ومنه شفع الاذان وسميت شفعة لضم نصيب
الى نصيب ومثل من الزيادة وهذا اذا اضيف الى الوتر صار شفعا فسميت شفعة لان الشفيع
يضم نصيبه الى نصيب شريكه فيصير نصيبه زائدا بعد ان كان ناقصا وهذا قول ثعلب حكاه
عنه الهروي في الغريبين وقيل من التقوية والاعانة يقال شفعت عند السلطان فشفعني فيه
لان كل واحد من العددين يتقوى بالاخر ومنه قوله تعالى من يشفع شفاعة حسنة اي من اعان
محسنا في احسانه ومنه قيل للشيء العريان شافع مشفع ومنه شاة شافع التي معها ولدها
لتقويتها به قاله الرافعي وفي تعليق القاضي حسين ان الشافع الشاة السمينة وقيل من الشفاعة لان
في الجاهلية كان الرجل اذا اراد بيع منزل او حائط اتاه الجار او الشريك او الصاحب يشفع اليه
فيما باع فيشفعه وهذا قول ابن قتيبة في غريب الحديث حكاه الماوردي وقد ثبتت في الشريعة حق
تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث بسبب الشركة بالقيمة الذي يملكه لدفع الضرر

والاصل

والاصل في ثبوتها قبل الاجماع من الكتاب قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهي منه لان
فيها ازالة الضرر عن الشريك ومن السنة احاديث منها ما روى مسلم عن جابر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك ربعة او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض
على شريكه فيأخذ او يدع فان ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه ومنها ما روى البخاري ومسلم
وابو داود والنسائي كل منهم عن جابر انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل
شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك
فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به وقد اختلف في المعنى الذي لاجله ثبتت الشفعة على قولين
احدهما دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها وهو اختيار الشافعي والثاني والله
ما اراه يصح دفع ضرر سوء المشاركة ولهذا الاختلاف فائدة تظهر من بعد فان
لا تثبت الشفعة الا في جزء لا يسب الا في جزء مشاع من عقار اي ارض محتملة للقسمة فاما
الملك المقسوم فلا شفعة فيه لما ذكرناه من حديث جابر الذي رواه البخاري وقد روي عنه ايضا
انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم واذا وقعت الحدود وصرفت الطرق
فلا شفعة وخرجه ابو داود والترمذي وان اختلف لفظهم وقال الترمذي انه حديث حسن صحيح
وجه الدلالة منه ذكر الشفعة بالالف واللام وليس لها معهود يرجع اللفظ اليه فثبت انه
للجنس وكلمة انما للحصر بقوله تعالى انما الله اله واحد ونقل الازهري قال اهل اللغة انما تقتضي
ايجاب شيء ونفي غيره وذلك يدل على المدعى فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الجار احق بصقبه وروى البخاري عن ابي رافع سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه
وروى الترمذي عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا
اذا كان طريقهما واحدا وذلك يقتضي ثبوت الشفعة للجار قلنا قد روى صاحب التهذيب عن ابن سريج
انه اثبتها للجار الملاصق دون المقابل ويشبه ان يكون مستنده ذلك وروي عن الروياني انه
قال رايت بعض اصحابنا يفتي به وهو الاختيار وذكر الامام ان الشيخ ابا علي حكى ذلك عن
ابن سريج وحمل الائمة على ان لا تعرض له والظاهر عن الشافعي انه لا شفعة للجوار
وان قضى الحاكم الحنفي خلافا والمذهب الاول ومنه قوله عليه السلام احق بصقبه المراد
القرب حكاه ابن الصباغ فليس معنى الخبر احق بقربه وهذا مجمل فلا بد من حمله على معنى
صحيح ونحن نحمله على الهبة فيكون للرجل مشارع ابان في الانتفاع بها فيكون الجار اقرب

احق بالاسقاع بها وايضا فان المراد بالجار الشريك لان جمع اجرا املك شريكه بمكالته فجمع
اجرا ملكه فهو احق باسم الجوار من الجار المقاسم ومعنى الجوار القرب ولهذا اسمي العرب الزوجة طائفة
جارة لقربها قال الاعشى من جمله ابيات اجارتنا بيني فانك طالقه
وموموقة ما دمت فينا ووامقه قال الماوردي وكان السبب في قول الاعشى ذلك انه
تزوج امراه فرهط قومها واخذوه بالنزول عنها فلم يفعل فامنه بالطلقة الاولى والثانية فلما طلقها
الثالثة امنوا عنه ومن جهة المعنى ان الشفعة شرعت لدفع الضرر بها لا لدخول الضرر فيها ولو
وجوبها للجار ضررا داخل لتعاطي المالك عن بدل التحسين من المرتفقة بان عنين لا تعدم على ابتياعها
مع علمه بشفعته ولا يوجد مثل ذلك في المشترك لان الشريك يعتقد مثل ذلك في هذا الصور
بالمقاسم وما كان موضوعا لدفع الضرر لم يجز ان يدخل به الضرر قال وعن العقار
المنقولات فلا شفعة فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع او حائط ولان المنقول
لا يبقى دائما والعقار يتأبد فيتأبد الضرر فان قيل قد روى البخاري عن ابي هريرة انه قال
جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم وهذا عام فجوابه انه محمول على ما لم يقسم
من العقار بدليل تتمة الحديث فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فانه جنس
الشفعة فيما لم يقسم ثم شرع وذلك يستدعي الحدود الا فيما يقبل ولا يحول لا بالحدود وصرف
الطرق انما يستعمل في الارض قال واما البنا والغراس فان بيع مع
الارض فيه الشفعة لخبر الذي حكيناه عن رواية البخاري ومسلم وابي داود والربعة
والربع المنزل الذي يرتبع به الانسان ويوطنه يقال هذا ربع وهذه ربعة وقيل الربع
اسم للدار بنائها والحائط هو البستان بغراسه ولان البنا والغراس متصلين بالارض
ولهذا اندرجا تحت مطلق بيع الارض اما اذا بيع ذلك مع الارض الحاملة له لا غير فكان
ذلك عرصة محيطة بمثل القسمة فهل يثبت فيه الشفعة ام لا فيه وجهان في الطريقين اصحهما
في الرافعي المنع لان الارض في هذه الحالة تابعة والمنقول ممنوع والعقار بالمتبوع وهذا ما
ادعى انه المشهور عند اهل العراق وقال ان مقابله قال ابو محمد الجويني انه المذهب المنصوص
ولا فرق في جريان الخلاف بين ان ينص على ادراج المغارس والاساس في البيع او يقول بحدودها
في البيع عند اطلاق البنا والغراس على وجه صحح بذلك الرافعي فرع اذا كانت دار
ذات علو وسفل لغير الشركة فبيع لاحد الشركاء في العلو نصيبه بطريق السقف فان

كان

كان لرب السفل فلا شفعة وان كان لرب العلو ففي ثبوت الشفعة وجهان في الطريقين
وجه الجواز ان السقف كالعرصة وهو الجواز في المرشد وفي البحر والرافعي على احسن
ولو كان السفل لاثنين والا حدهما العلو فباع صاحبه مع نصيبه من السفل ثبتت
للشريك في السفل الشفعة فيه وهل يثبت له في نصف العلو تبعا فيه وجهان للقفال
اصحهما عدم الثبوت ومثل ذلك جار فيما لو كانت الارض مشتركة بين اثنين ولاحدهما فيها
غراس فباعه مع نصيبه من الارض قال وان بيع منفردا فلا شفعة فيه لانه
منقول فاشبه العين وادعى الروياني ذلك بلا خلاف وحكى ابو الفرج السرخسي ان فيه
ثبوت الشفعة لثبوتها في الارض وقال الامام ان بعض الاصحاب خرجهما على تفصيل القول في
القسمة وقال ان قلنا ان هذا القسم لا شفعة فيه فلا شفعة فيها اذا كان مما لا ينقسم وان
قلنا تثبت الشفعة فان المبيع جدارا وعرصة اولا سقفا له فلا تثبت المسلم قولان وجهه
الثبوت انها لا تعد من المنقولات والمذهب الاول قال وان كان على النخل التي في
الشقص طلع غير مؤبر اي حال العقد فهل يؤخذ مع النخل بالشفعة لانه تبع الاصل
في البيع فكذلك في الاخذ وهذا ما نقله المزني وهو الاصح في المذهب فعلى هذا لو تأخر الاخذ
لغيبة الشفيع حتى ابرت فهل يأخذها فيه وجهان اصحهما في الرافعي والتتمة وتعليق القاضي حسين
نعم لان حقه تعلق بها وربما زاد الزيادة المتصلة كطول الغصان وتسوقها وعلى هذا الا فرق
ان يكون على النخل او لم تنعقد كما صرح به في البحر والثاني لا وبه قال القاضي ابو الطيب خروجه
عن ان يتبع بالعقد النخل فعلى هذا هل يحط من الثمن بسبب الحمل الثمر غير المؤبرة بما يليها قسط
من الثمن اولا والاصح المنع قال وقيل لا يأخذ الطلع بالشفعة لانه منقول فاشبه
الزرع وهذا الخلاف قد اسنده بعضهم قولين وبعضهم وجهين وهو يحكي فيما اذا كان المبيع سقفا
من طاحونة وقلنا من جواز اخذ الحجر الاعلى مع البيع في انه هل يؤخذ بالشفعة ام لا واما الاسفل
اذا قلنا بدخوله في البيع اخذ بالشفعة جزما قلت ومنه جريان الخلاف في الحمل عند الاتباع
به مع كونه منقولا الا انه ثابت في الارض كعطب النخيل ونحو ما ذكرناه في البيع قال
فما لا ينقسم كالرحا والحمام الصغير والطريق الضيق اي ونحو ذلك اي كالعصابة الصغار وفي بعض
النسخ والبئر فلا شفعة فيها لقول عثمان رضي الله عنه لا شفعة في بئر ولا نخل والارف
يقطع كل شفعة واراد البئر التي لا تقبل القسمة وفحل النخل ولا يعرف له مخالف لان كل

اي كلما كان اللفظ لا يشمل البعض اذا كانت تقسيم قال

من ليس له المطالبة بالقسمة لم يكن له المطالبة بالشفعة اصله الجار المقابل ولان الشفعة ثبتت
لدفع الضرر عند طلب القسمة بعدل المؤن وبضيق المكان واستحداث المرافق من المصعد والمنزل
والبالوعة ونحوها وكل ذلك مفقود هنا والمراد بالارق في حديث عثمان المعالم والحدود في
المواضع المقسومة وهي بفتح الراء وضم الهمزة واحدها ارفة بقال الارف بالالف المعالم قاله في المعرب
وحكى الحلبي عن الازهري ان الارف بضم الهمزة وفتح الراء المهملة ثم الف الحدود في المواضع
المقسومة بفتح الهمزة وسكون الراء المعالم والحدود من الارضين قال وقيل فيه قولان
احدهما لا تثبت لما ذكرناه والثاني تثبت لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم لانها شرعت
لدفع الضرر عن الشريك والضرر فيما لا يقبل القسمة ادوم منه فيما يقبلها وكان تنبيه ما فيه
من طريق الاولى وما ذكر القائل الاول من ان الشفعة انما تثبت لاجل الضرر اللاحق
بسبب القسمة لا يصح ان يعول عليه لان ذلك ثابت مع بقاء الشريك الاول فلا يحدث
بالبيع وهذا ما صار اليه ابن سريج واختاره ابو خلف السلمي والروياني وقال ابن العنوي
عليه الفتوى ومنهم من حكاه قولا مخرجا لاختلاف الشيخ وعلى ذلك جرى ابن الصباغ
والمذهب الاول لما ذكرناه ولان اثبات الشفعة في نصيبه يقسمه وقد يمنع المشتري
من الشراء لاجل الشفعة فيعطل الثمن والضرر لا يزال بما ذكروه من الحديث فساقط
لنا فان قوله صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم يقتضي ان يكون ذلك مما يقبل القسمة
فانه لو اراد ما لا يقبل القسمة حمله لقال فيما لا ينقسم والذي يؤيد هذا ان المراد ما ينقسم ولكنه
لم ينقسم بعد قوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة وعلى بيان ما اشتمل عليه اللفظ الاول
وعلى الخلاف يخرج ما اذا كان لشخص في دار عشرها ولآخر تسعة اعشارها وباع ثلث
لو طلب صاحب العشر القسمة لم يجب اليها فباع صاحب العشر نصيبه فان قلنا ان الشفعة
تثبت فيما لم ينقسم تثبت والا فلا ولو باع مالك الاعشار ما يملكه وقلنا لا تثبت الشفعة فيما
لا ينقسم فهل تثبت الشفعة لصاحب العشر فيه وجهان مبنيان على ان صاحب الاعشار
اذا طلب القسمة هل يجاب اليها ام لا وفيها وجهان ياتيان في القضاء ان شاء الله تعالى
هكذا حكاه الامام والغزالي والرافعي ومقتضاه ان الشفعة انما تثبت على المذهب
خوفا من طلب المشتري القسمة والذي ذكره البحر في المهذب انها انما تثبت لدخول عشر ثم
على تساوى به فيدعوا الحاجة الى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بذلك وعلى هذا تفرع

المفرع

المفرع على المذهب فيقال ان باع صاحب الاعشار نصيبه فلا شفعة لصاحب العشر
لانه لو طلب القسمة لم يجب اليها لما حكاه المراوزة والشيخ لعدم انتفاعه بالقسمة فلو
طلبها منه شفعة وان باع صاحب العشر نصيبه ثبت الشفعة للآخر على الاصح لانه
لو طلب القسمة اجيب اليها على الاصح كما ذكره المراوزة والشيخ لانه ينتفع بها وعلى
ذلك جرى القاضي حسين في تعليقه وغيره وقد يقال ان هذا التوجيه مع نظرنا الى الخوف من طلب
المشتري القسمة اذا راعينا ما حكاه ائمة العراق عن الشيخ على الاجبار في القسمة
فانهم قالوا ان كان الضرر فيها على المشتري اجبر وان كان على الطالب فوجهان والله اعلم
اما الطاحون الكبيرة التي يمكن ان يجعل لها حجرين لكل منهما حجران والحمام الذي يوسعه
بحيث يمكن جعل كل بيت منه ببئر او كل بيت حماما والبئر الواسعة التي يمكن ان
يجعل فيها حجر لكل واحد منهما بعض المستقى ويلقى فيه ما
يخرج منها ولم ينقص العمل بالقسمة نقصا فاحشا او مع البئر بياض بحيث يمكن
جعل البئر في سهم والبياض في سهم كما قاله ابن الصباغ وابو الطيب تثبت الشفعة
وحكى الامام والقاضي الحسين فيما اذا كانت قسمة البئر غير ممكنة والبياض الذي
عليها يمكن قسمته وجهين في ثبوت الشفعة وجه الثبوت القياس على ثبوتها في
الاشجار اذا بيعت مع الارض ووجه المنع انها منفصلة عن الحريم اذ هي بقعة اخرى
لم يتبع الحريم بخلاف الغراس فانه متصل بالمستقر في محل الشفعة وحكي في البحر
الوارد في مسئلة البئر عند عدم البياض فيما اذا لم يمكن قسمتها وقال فيما اذا كان فيها
ماء ولم يكن لها بياض انه ينظر فان كانت واسعة لها عينان ويمكن ان يجعل بينهما حاجز
بينهما حاجز مثل الحرمين فيجعل لكل واحد منهما تثبت فيها الشفعة وان كان فيها عين واحدة لا تثبت فيها
لانه لا يجبر الشريك على قسمتها وقال في الرحا الواحدة اذا لم يمكن قسمتها لم يكن معه في
البيع الذي يسمى عند الرحا بالذي يجعل فيه الطعام وتتردد اليه الدواب التي تعمل في الرحا
وقسمها واحدة ان كان ذلك مما يمكن قسمته وثبتت فيه الشفعة ويحل محل الشبهة اذا لم
يجز مع الجامعة ونحو ذلك موافق لما في الشامل واما الطريق الواسع الذي يمكن قسمته
اذا كان مملوكا كالسكة المنسدة الاسفل ان بيع منه شيء منفردا ثبتت فيه الشفعة
وان بيع مع الدار التي يستطرق اليها منه نظر ان كان للدار طريق غيره ثبتت فيه الشفعة

دون الدار على الاصح واذا احذ الشفيع امتنع على المشتري الطروق منه وفي البحر والرافعي عن
ابن سريج ان الشفعة تثبت في الدار للشريك في الطريق ايضا وان لم يكن للدار طريق غير
طريق فان كان الطريق تجب اذا قسم يصيب كل احد الحصص بلا خلاف وهل تثبت في
النصف الاخر احكامه فيه ما لو كان لا يمكن الاستطراق الا في جميعه وفيه اربعة اوجه
اصحهما عند القاضي ابي الطيب وغيره من العراقيين انها لا تثبت وهو ظاهر المذهب في
المعروبه قال ابن سريج وابي اسحاق والثاني انها تثبت لامكان القسمة ونسبه الروياني الى
ابن ابي هريرة والثالث ان مكن الشفيع والمشتري من الطروق ثبت والا فلا وهذا ما ذهب اليه
ابو الفرج السرخسي واختاره في المرشد والرابع ان الشفعة تثبت وللمشتري الاستطراق
حكاه ابن الصباغ وغيره قال الروياني وعلى هذا ان اخذ اهل الدرب جميعهم الحصة المبيعة بالشفعة
واقتسموا كان للمشتري الاستطراق في حصة كل منهم وان اخذها بعض الشركاء في الدرب واقتسموا
فهل يثبت للمشتري الطروق في حصة الاخذ خاصة او في حصة كل من الشركاء فيه وجهان والحكم
فيما اذا امكن اتخاذ ممر للدار المشتراة من جهة اخرى عند القاضي ابي الطيب وابن الصباغ
كالحكم فيما اذا كان لها ممر اخر وعند الشيخ ابي محمد اذا لم يكن لها ممر الا بشرط ان يحتفر
في الصحيح عسرا ويحتفر مونة لها وقع [illegible] ع مثله مالكين هنالك في صحبة نسبه له مالكي
الدور في الدرب ولذا الشركة في مسيل ما ارض دون الارض وفي بئر المزرعة دون المزرعة
ثبت احتلف قول الائمة فيما يمكن قسمته على ثلاثة اوجه احدها انه الذي لا تنقص بالقسمة قيمته
نقصانا فاحشا كما لو كانت قيمة الدار ماية ولو قسمت عادت قيمة كل نصف الى خمسين والى
السبعين وهذا ما صار اليه عامة الاصحاب والثاني اوجه وقال الامام ان العراقيين
نقلوه والثاني انه الذي يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما والثالث انه الذي اذا قسم
امكن ان ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة وان كان له مزرعة او مسيل
الزراعة في كل حصة وان كانت دارا مسكونة امكن فيما يقسم وان كان يحرمه ما وراء
كما ذكره الامام ولا عبرة بامكان الانتفاع بوجه اخر للتفاوت العظيم بين اجناس المنافع
وهذا ما صححه الامام والرافعي وقال في البحر انه الذي رواه العراقيون مع الاول لا الرابع
ما منع الشفعة في الحمام والصغير متفق عليه وفي بعض النسخ في باب القسمة ان الشافعي
قال وان كان ينتفع احد منهم بما يصير اليه اجبرتهم وهذا اللفظ يحتمل الوجه الثاني وهو

طاهر فيه ويحتمل الوجه الثالث وفي الوسيط حكاية وجه ان المعتبر ان يبقى ذلك المنفعة من غير
نقصان فالدار والحمام في معنى الارض وعلى المسطبق كلام الماوردي في كتاب القسمة ان ظاهر مذهب
الشافعي ان النقصان الذي يحصل به الضرر المانع من القسمة نقصان المنفعة قال
ولا شفعة الا فيما ملك بمعاوضة يريد ان الذي يستحق اخذه بالشفعة هو المملوك بعقد المعاوضة
قال كالبيع والاجارة والنكاح والخلع وكذا السلم والقرض والجعالة بعد العمل ومعاوضة
عن نجوم الكتابة اذا حصل العتق وعن المتعة وفي صلح عن دم العمد او جراحة لما ارش مقدر اذا
جوزنا ذلك بشرطه وغير ذلك ووجه ثبوتها في البيع ما روى البخاري ومسلم وابو داود واللفظ
لمسلم عن جابر انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة او حائط
لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه ان شاء اخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو احق
به وفيما عداه القياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر الذي يعرض الاشارة اليه
ولا فرق على ذلك بين ان يعتاض عنه ما يشغل الذمة كعقد السلم والقرض ولا في اصل الى الرح
السرخسي ان صاحب التقريب قال اذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم
والقرض فلا شفعة فيه لانه يتعذر اخذه بما ملكه به التملك وهو غريب قال
فاما ما ملك بالارث او الوصية او هبة لا تقتضي ثوابا كالهبة للاعلى للادنى فلا شفعة فيه لانه مملوك
بغير بدل فلا يجب فيه الشفعة كالو ملكه بالارث كما قال الرافعي ولان الموهوب له والموصى له
تقلدا المنة من الواهب والموصي بقبول تبرعهما والواهب الشفيع اخذ من امتنعا وتسليط
فلا يلزم تقلد المنة ووضع الشفعة على ان ياخذ الشفيع بما اخذ به المتملك اما اذا كانت
الهبة تقتضي الثواب اما بالشرط او عند اطلاق هبة الادنى للاعلى فهنا انه يستحقه فهل
تثبت الشفعة فيه وجهان اظهرهما نعم لانه مملوك بعقد معاوضة فعلى هذا له اخذه
قبل قبض الموهوب فيه وجهان اظهرهما نعم لانه صار بيعا قال الرافعي وهذا الخلاف
يبنى على ان الاعتبار باللفظ ام بالمعنى ولو تقايل المشتري والبائع في شقص اسقط الشفيع
حقه بسبب الشرا ثبت له الشفعة بسبب الاقالة ان قلنا انها بيع كما صرح به القاضي
الحسين وان قلنا انها فسخ فلا والمورد عليه بالعيب لان الفسوخ وان كانت
تشتمل على مراد العوضين فلا تعطى احكام المعاوضات الا ترى انه يتعين فيها العوض الاول
ولا نزاع في ثبوتها بالتولية فروع لو قال لام ولده ان خدمت ورثتي شهرا فلك

هذا الشقص بحق منهم سهما ملك الشقص فهل تثبت فيه الشفعة فيه وجهان
ووجه المنع وهو الاصح ان ذلك وصية في الحقيقة لانها بعض من الملك لو دفع المكاتب
عن نجوم الكتابة شقصا ثم عجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة فيه وجهان اصحهما
لا لانصرف رحل معها ما اعطاه الامام بحصته شقصا من دار فهل تثبت فيه الشفعة
نظر ان اعطاه عن رضخ فلا لانه تبرع وان اخذ بسهم مستحق فعله وجهان والمنصوص
انه اختص بلا عوض وعلى هذا هل ياخذ الشفيع بقدر سهمه من الغنيمة كان
في البحر فالـــــ وما ملكه شريكه الوقف لا يستحق اي الموقوف عليه فيه الشفعة
لان الوقف لما لم يستحق احد بالشفعة لم يستحق به الاخذ بالشفعة وهذا ما جزم
به القاضي ابو الطيب ويحتمل ان قلنا ان الملك للموقوف عليه كان له الاخذ بالشفعة
لانه يملكه الصغير في ماله من جهة الشركة وهذا ما اجاب في الارشاد ونسبه الماوردي
شابه الوقف مقابله الى ابي اسحق وبنى العراقي الخلاف على ان الوقف والملك هل يقسم ام لا
وحكاه الرافعي مرتبا على القول بجواز القسمة وجزم بالمنع على القول بامتناعها ثم اذا
قلنا بثبوت الشفعة للموقوف عليه ولو كان الوقف على جهة عامة كان للناظر الاخذ
بالشفعة اذا راى المصلحة في ذلك ولا نزاع في ان المسجد اذا كان له حصة مملوكة
من دار بابتياع فيه ذلك او بهبة ليصرف ريعها في عمارته وبيع من تلك الدار حصة
وراى القيم لاجلها الاخذ بالشفعة ان له ذلك كما صرح به القاضي الحسين ونقله الرافعي وقياسه
على ما لو كان لبيت المال شركة في دار فباع الشريك نصيبه فان للامام الاخذ
بالشفعة وفي البحر حكاية وجهين فيما اذا مات الشفيع قبل العلم بالشفعة ووارثه
بيت المال ان الامام هل له الاخذ او تبطل الشفعة لانها ثبتت لدفع الضرر وفيهما
لا يعرض للضرر واحد ومقتضى هذا ان يجري هذا الوجه فيما لو وقع ما ليس المالك
فيه شركة لبيت ـــــه اقتصارا على منع ثبوت الشفعة لم يثبت ملك الوقف
يعرف انها تثبت لكل من ملك بعوض سواء كان نقدا معاوضة او غيرها وهو ما صرح
به غير واحد حتى نظر في المرشد في المهر والاجرة والموصى له او نحوه فيما اذا ملك عبده شقصا من
دار وقلنا انه يملك وقال الامام فيه احتمال ظاهر من حيث ان ملك العبد ضعيف والشفعة
لا تستحق بالملك الضعيف عند كثير من اصحابنا واستدل لذلك الى الملك فيه من الخيار

ثم اذا قلنا بالثبوت للعبد فهل يحتاج في الاخذ الى اذن من جهة السيد فيه وجهان بناء على
ثبوت الخيار في الملك الذي تستحق به الشفعة هل يمنع استحقاق الشفعة قال الماوردي
ان كان خيار عيب لم يمنع لبقائه على ملك مشتريه وان كان خيار رؤية لم يملك به
المشتري الشفعة سواء قلنا بصحة البيع او بفساده لانه اما غير مالك او غير مستقر
الملك ان صح البيع واما البائع فانه يملك به الشفعة ان ابطل البيع وفي ملكه مع
القول بالصحة وجهان مبنيان على اختلافهم في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود
الرؤية واما خيار المجلس فلا يملك البائع به شفعة بالشقص الذي باعه في مجلس
خياره سواء قيل ان ملكه قد انتقل بالعقد او لا لانه ببيعه راض باسقاط شفعته
واما المشتري فان فسخ العقد فلا شفعة له اذ لم يستقر ملكه عليه وان تم له البيع
فهل له شفعة له ان قلنا لا يملك الا بانقضاء الخيار وان قلنا يملك بالعقد او موقوف
وهي استحقاقه الشفعة وجهان في جواز البيع ان ملكه غير مستقر لانه لا يمكن ان العارض
فلم يجز ان يملك به واما خيار الشرط فان كان لهما فحكمه حكم خيار المجلس وكذا ان كان الخيار
للمشتري وحده وان كان الخيار للبائع وحده ففيه ثلاثة اوجه احدها لا شفعة لواحد منهما
والثاني انها للبائع لان في اشتراطه الخيار لنفسه استبقاء لما تعلق به من حقوقه والثالث
ان تم البيع فيهما فالشفعة للمشتري وان انفسخ فللبائع لما اخلى الماوردي في ذلك الرافعي
ما يقتضي خلافه في بعض ذلك فانه قال لو باع احد الشريكين نصيبه لزيد بشرط الخيار
ثم باع الشريك الاخر نصيبه في زمن الخيار لعمرو فلا شفعة في البيع الاول للبائع ثم
لزوال ملكه ولا لعمرو ان تقدم ملكه على ملك زيد اذا فرعنا على ان الخيار يمنع الملك
لان سبب الشفعة بالبيع وهو سابق على ملكه واما الشفعة في البيع لعمرو فموقوفه
ان فرعنا في ملك زيد وللبائع زيد ان ابينا الملك له وللزيد ان قلنا بانتقال
الملك اليه وعلى هذا قال المتولي ان فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت الشفعة
ان قلنا الفسخ بخيار الشرط رفع العقد من اصله وان قلنا من حينه فهو كما
لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة وان اخذ بالشفعة ثم فسخ البيع ففي الحكم في الشفعة
والحكم في الزوائد الحاصلة في زمن الخيار فالـــــ وياخذ الشفيع الشقص
بالعوض الذي استقر عليه العقد هذا هو الذي يشهد له خط المصنف لانه حاكي

حديث جابر وان باعه مشتريه اخذ بالثمن قال الماوردي ولان عدولهما عن الثمن لا يخلو من
ثلاثة احوال فاسدة اما ان ياخذ برضاء المشتري وفي ذلك اضرار بالشفيع واما ان ياخذ
بالقيمة وقد تكون اوفى من الثمن فيستضر المشتري او اقل فيستضر الشفيع واذا بطلت هذه
الاحوال ثبت اخذه بالثمن ثم اعتبر الشيخ الاخذ بما استقر عليه العقد يعني من زيادة او
نقصان في مدة الخيار بناء على ما هو الصحيح من الحاق الزيادة والنقص في حال الخيار بالعقد
وقد ذكرنا في باب المرابحة ما قيل في ذلك وعليه ينبني امر الشفيع قال وان كان
له مثل اي العوض كما اذا كان من الدراهم والدنانير والحبوب والادهان اخذ بمثله لانه
الاعدل فلو كان الثمن صاعا بر رطلا من الحنطة فهو كيال ويدفع للمشتري قدرها بالكيل ام
يعطى له صاعا بر رطلا من الحنطة فيه وجهان والذي ذهب اليه الجمهور منهما وهو في البحر
الاول والقاضي حسين الثاني ووجهاه في مسائل السلف ولذا اجاب العراقي وقال ابن
بالبيع لو كان المثل منقطعا عند اراده الاخذ قال المتولي فللمشتري الاخذ بالقيمة
كما لو اشتراه بما لا مثل له قال وان لم يكن له مثل اي كالثوب والعبد
ومنفعة البضع والمنافع في الاجارة والجعالة ودم القصاص ونحو ذلك اخذه بقيمته اي
بقيمة العوض لانها مثل في المعنى ولان ما ضمن بالمثل اذا كان له مثل ضمن بالقيمة اذا لم
يكن له مثل كما لو اتلف على رجل مالا قال وقت لزوم العقد كما يعتبر قدر الثمن
فيه وهذا الذي اورده في المهذب وهو من تخريج ابن سريج وصححه الروياني في البحر واختاره في المرشد
واقتصر عليه صاحب التهذيب والشاشي وصاحب الفروع كما حكاه في البيان والذي نص عليه الشافعي كما
حكاه السمعاني وذهب اليه جمهور الاصحاب انها معتبرة بحالة العقد لانها وقت وجوب الشفعة فلا
اعتبار بما حدث بعدها من زيادة او نقصان لان الزيادة قد حدثت في ملك البائع والنقصان عن ملكه وليس
على الشفيع شيء مما حدث في ملك البائع وفي هذا التعليل ما يرشد الى ان هذا تفريع على القول بانتقال الملك
بنفس العقد اما اذا قلنا بانه لا ينتقل الا بزوال الخيار والوجه ما قاله ابن سريج وفي الحاوي ان
بعضهم قال فيما اذا اشترطا في العقد خيارا ان قلنا الملك ينتقل بنفس العقد اعتبرت القيمة من العقد
وان قلنا لا ينتقل الا بانقضاء الخيار اعتبرت بعد انقضائه ثم قال وهذا ليس بشيء اذ يلزم عليه خيار
المجلس ولم يطرده فيه والذي جزم به الماوردي انا نعتبر قيمته من العقد الى حين قبض البائع الثمن
لانه ان زاد فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد وان نقص فالنقصان مضمون على المشتري

مخرج

مخرج من العقد وعلى ذلك ينطبق ما حكاه فيما اذا كان العوض عبدا فاعور في يد المشتري
ورضي به البائع ان الشفيع ياخذ بقيمة العبد اعور وقياس ما حكيناه عن ابن سريج ان العور
ان حصل في حال بقاء الخيار فالحكم كذلك وان حصل بعد لزومه فبقيمته عبدا سليما وهو الذي
يقتضيه قياس المذهب في كل حال وهو ما حكاه المتولي والجمهور فيما اذا اشترى الشقص بعبد
مخرج معيبا ورضيه البائع ذو جهة بان رضا البائع بالعيب مسامحة فصار كالحط بعض الثمن
كما لو اشترى بالف من نقد جيد فوفاه من نقد دونه ورضيه فان الشفيع لا ياخذ الا بالجيد
وحكي عن ابن سريج انه ياخذ بقيمته معيبا وان كان عوض الشقص منفعة من
اجارة او جعالة رجع بمثل اجرة مثل المنفعة وذلك في الجعالة بعد الفراغ من العمل
وان كان منفعة بضع كما لو اصدقها شقصا او خالعها على شقص رجع بمثل مهر مثلها
حال العقد واطلع على الصحيح وفي البحر انه حكي عن القديم في مسالة الصداق انه ياخذه
بقيمة الشقص لا غير وحكاه المتولي عن بعض الاصحاب وجها مخرجا في الصداق والخلع
انتقاما من قوله القديم في الصداق اذا رد بالعيب ان الزوجة تاخذ قيمته لا مهر المثل لان
الشقص عوضا اخذ بقيمته وان قلنا يرد في القرض المثل الصوري لان اخذ الشفيع
كالاتلاف قاله المتولي وان كان الشقص عوضا عن نجوم الكتابة او متعة او عن دم عمد
اخذ بقدر النجوم والمتعة والدية بنسبه في قول ويأخذ بقيمته وقت لزوم العقد
ما توقف ان الاخذ في زمن الخيار غير جائز لان الاخذ لا يقع الا على الملك او قيمته
وذلك لا يتحقق الا بعد اللزوم فلزم منه تاخير الاخذ الى اللزوم وقد قال الاصحاب ان
الحكم كذلك فيما اذا كان خيار البيع لهما او للبائع لانه في الاخذ قبل انقضائه ان قلنا بعدم
انتقال الملك تسلط على ملك البائع ووضع الشفعة اخذ ملك المشتري وان قلنا
بانتقال الملك فيه ابطال لحقه وفي ذلك اضرار ونقل عن صاحب التهذيب احتمال في
جواز الاخذ في هذه الحالة الاخيرة وان كان الخيار للمشتري وحده وقلنا انه لا ملك له
فكذلك الحكم لما اشرنا اليه وعن صاحب التقريب وجه ان له الاخذ في هذه الحالة
وان قلنا لا اخذ الملك فيه فيسقط الخيار وان قلنا ان الملك له فالذي رواه المزني
ان للشفيع الاخذ وذلك هو المنصوص في الام وهو الاصح عند عامة الاصحاب لانه
مسلط عليه بعد لزوم الملك واستقراره فقبله اولى ولان البيع هو كالذي ليس له الخيار

حتى ينقضي الخيار وروى ابو اسحاق المروزي انه الصحيح واختاره القفال وحكاه
في البحر وكلام القاضي ابي الطيب يدل على الجواز فانه جعله مما مر به انه خيار شرط
لا خيار المجلس فوجب ان يمنع الشفيع الاخذ ما فيه خيار البائع والثاني ان المشتري
انما شرط هذا الخيار ليطوي الامر بين خطه وفي اخذ الشفيع ابطال لهذا الغرض
والاصح ما ذكره فيبطل بما اذا كان الخيار للبايع فان البيع اذا استقر للمشتري بانقطاعه
اخذ الشفيع الشقص وقيل ان يستقر بانقطاعه ليس له الاخذ وقد روى الامام
ومن تابعه عن بعضهم القطع به ولا فرق فيما ذكرناه بين خيار المجلس وخيار الشرط سوى
اذا قلنا بعدم جواز الاخذ في زمن الخيار لو قال المشتري اشتريت بشرط الخيار ولم يصدقه
الشفيع قال ابو حامد في الجامع القول قول المشتري مع يمينه حكاه في البحر قال
فان كان الثمن مؤجلا ففيه ثلاثة اقوال احدها انه مخير بين ان يعجل ويأخذ وبين ان يصبر حتى
ان يحل فيأخذ لانا لو طالبناه بالمال في الحال يجحف به لالتزامه زيادة على ما التزم المشتري فان
الاجل يقابله قسط من الثمن واخذه بثمن مؤجل يجحف بالمشتري لاختلاف الذمم ولهذا
اذا مات من عليه دين مؤجل حكم بحلوله وعدم انتقاله الى ذمة الورثة وان رضوا به
مع اقرارهم بالحلول واخذه سلعة تساوي الثمن خروج عن وضع الاخذ بالمثل والقيمة
فلما بطل ذلك تعين ما ذكرناه وهذا هو الجديد قال والثاني ياخذ بثمن مؤجل لانه
الثمن وقد قال صلى الله عليه وسلم فان باع ولم يؤذنه فهو احق به بالثمن وهذا القول في القديم
ونسبه الامام الى رواية حرملة وقال ابن الصباغ ان الشيخ ابا حامد اختاره ومحله
قال في التتمة اذا كان الشفيع معسرا او لا مطولا فان كان فليس له الاخذ ولذا حكاه
الامام عن الحاوي على وانه اقام الكفيل مقام الملاءة وحكى ان من الاصحاب من لم يشرط ملاءة
الشفيع ولا الامان [illegible] واحل الشفيع محل المشتري ذا سعة وعلى هذا القول
اذا مات احدهما حل عليه ولم يحل على الاخر قال والثالث انه يأخذ بسلعة تساوي
الثمن لتعذر اخذه بثمن مؤجل وحالا لما ذكرناه فيتعين هذا لانه اقرب الى العدل فعلى هذا
اذا كان الثمن مائة الى شهر اعطاه سلعة تساوي مائة الى شهر وهذا حكاه ابن سريج
عن النص في كتاب الشروط وقال ابن الصباغ عن هذا القول انه ضعيف يعني الذي
قبله وبعضهم قال ان هذا القول من تخريج ابن سريج في قول له في كتاب الشروط

انه

انه مخير بين الثلاثة وحكى في البحر ان ابا حامد اختاره وعن بعض هذا القول يشفق
طلب الشفيع حتى يحل الاجل قال الامام وجب ان لا يطالب الا بسلعة معد وله
لان الاعسار بعينه عوض المستحق البيع الا يرى انه لو باع شقصا بعين قيمته يوم البيع
قال والاول اصح لما ذكرناه قال الرافعي وعلى هذا اذا الحق الشفيع على
الفور فاخر الشفيع الطلب حتى حل الاجل فهل يبطل حقه فيه وجهان منهم من
يبطل اذ لا فائدة في طلبه ومنهم من قال ان اشهد لم يبطل والا بطل لان الماوردي وحكى
الشهود وقد يقوى بقضاء الاجل فلا بد من يمين قال والشفعة على الفور في قول
اي خيار طلب الشفعة على الفور كما صح به في المهذب ووجهه قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة
لمن واثبها اي بادر اليها وروي الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من
تركها وهذا نصه في الجديد والاملاء قال [illegible] الى مدة [illegible] وفي قول لان التأبيد فيها
يضر بالمشتري لانه لا يسعى فيها بعمارة ونحوه والفور يضر بالشفيع لانه لا يتمكن من معرفة
الغلط والمصلحة هل هي في الاخذ او الترك فيعلق على عادة اهله وبلاد حد المدة وهذا
ما قاله في السنن التي يرويها الطحاوي عن المزني كما نقله السمعاني وفي الذخائر انه [illegible]
في سنن حرملة قال [illegible] وعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة ايام زمان يتعذر
فيه المطالبة لعيب [illegible] بل لا بد من ثلاثة ايام يتمكن في جميعها من المطالبة
ولو عرض بابطال الشفعة فيها سقطت حكاه الامام ثم قال ولا اعد قول اشتراط
التصريح لما يسقط الشفعة [illegible] من بعد [illegible] على القول الثالث ولهذا
القول الذي ذكره البحر نظير في مسائل قتل المرتد وتارك الصلاة وطلاق المولي والعنين
ونفي الولد باللعان وفسخ الزوجة باعسار الزوج وخيار الامة اذا عتقت قال
وعلى الثالث في قول الى ان يصرح بالاسقاط لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي
حكيناه عن رواية مسلم في صدر الباب فان اباه فشريكه احق به حتى يؤذنه ولان على
عموم الاوقات ولا اختصاص [illegible] على المستحق عليه في حاضر فكان على التراخي كخيار
القصاص وهذا ما قاله في القديم [illegible] انقطع حقه اذا رفع الى الحاكم
للحاكم لا علمنا سقط الحقوق بالدين قاله الماوردي واذا اخر الشفيع الشقص
بعد ان عمر فيه المشتري او احدث فيه احداثا اخذها بقيمته وقت الاخذ قاله القاضي ابو
الطيب

قال: أو يعرض بأن يقول بعني أو بكم اشتريت في قول لاشتراك التعريض والتصريح
في المقصود بالعقود ومن جملة التعريض طلب القسمة والعاري واستيجاره منه ومساقاته عليه
وحكى الإمام عن صاحب التقريب تفريعا على هذا القول أن المساومة ليست مبطلة فإن الشفيع
قد يعني بالشراء المشتري خاصا وحكى الماوردي قولا ثالثا على قولنا بأن الشفعة على التأبيد بأنها
تسقط بأحد أمور ثلاثة بالعفو الصريح ومما يدل عليه من التعريض بأن يحاكمه المشتري إلى القاضي
فيلزمه الأخذ أو الترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة وحكى محلي عن بعضهم طريقة
قاطعة بأن للمشتري الرفع إلى القاضي وإجباره على الأخذ أو الترك وحكى قولا رابعا في أصل المسألة
أنها تختلف باختلاف المطلوب ومقدار الثمن ويدوم الطلب إلى حد لا يعد التشفيع فيها مقصرا
قال: والصحيح أنه على الفور لما تقدم وأخذ من الصحيح تفريع عليه بل
التربيع والجواب عن قولهم إن في الفور ضررا على أحدهما وفي التراخي ضرر على الآخر أنه يبطل
بخيار الرد بالعيب وعن الحديث أنه عام مخصوص بما ذكرناه من الأحاديث وعن قياسهم
على خيار المتطاول مع دون التخيير لا ضرر فيه على المشتري لأنه إذا علم شيئا أخذ بعينه القصاص
وقد يكون قيمته أعلى من ثمنه وقد ينقص له غرض في أعيان أمواله وذلك ضرر ظاهر والمراد
بالفور حال اطلاع الشفيع على البيع عند بعض الأصحاب كما في العيب وهو المتبادر إلى
الفهم من إطلاق الأئمة ومن ألفاظ الشافعي في ذلك أنه إن علم فطلب مكانه فهو به والمذهب
عند ما حكاه السرخسي أن له الخيار في الطلب وتركه ما لم يفارق مجلس الاطلاع كخيار
المتبايعين والمراد بالطلب طلبا المشتري بالشفعة ويقوم مقامه طلب الحاكم
لطلب الشفعة بحضرته ولا يقوم مقام واحد منهما مع القدرة عليه الإشهاد على
الطلب كما صرح به الأئمة ههنا وقد حسنا في باب الرد بالعيب وجعلاه يقوم مقام
طلبا الحاكم وحكي عن الشيخ أبي حامد أن الشفيع متى قدر على مطالبة المشتري
فيرفع الأمر إلى الحاكم بطلب شفعته وليس عليه أن يسير للطلب إرهاقا ولا يعجله
على خلاف المعتاد بل يمشي على عادته ولا يخلف سوق دابته وإذا علم بالشراء
ليلا فله التأخير إلى أن يصبح وإن علمها نهارا فله أن يؤخر إلى أن يلبس
ثيابه ويجمع ماله ويغلق بابه وإن كان يأكل فحتى يفرغ منه ويلبس ثيابه وإن
كان في حمام فحتى يفرغ من حاجته وإن كان في صلاة فحتى يتمها وكذا لو حضر وقت

الصلاة

الصلاة فله التأخير حتى يؤذن ويقيم ويصلي الفريضة وسننها كما صرح به القاضي أبو الطيب
وابن الصباغ وحكى الإمام عن بعض أصحابنا أنه قال يجب قطع ذلك سوى الفريضة
وأنه أشار القاضي يعني الحسين على الأول لا يفتقر إلى الشهادة في الطلب على ظاهر
المذهب وإن أمكن وقيل باعتباره عند الإمكان قال: فإن طلب وأعوزه
الثمن بطلت شفعته لأن تأخير الثمن مضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر ووجه
ذلك كما حكاه الماوردي أن يبادر بالطلب ويقول انظروني بالثمن فإن للحاكم أن ينظره
يوما ويومين والثلاثة بلا ثقة وإذا لم يحضره في المدة التي أنظره الحاكم إليها بطلت
شفعته وإن أحضره في المدة استمر على حقه ويستند ثم ما قيل في نقضه تملكه
وإنما أنظر به هذه المدة لأن تحصيل الثمن في الحال يتعذر في الغالب فإمهاله يؤدي
إلى إسقاط الشفعة والإضرار بالشفيع وحكى الإمام عن الأصحاب أنهم عبروا
عن المهلة التي أشرنا إليها في الماوردي بأن قالوا كل اشتغال لا يوجب حبس من عليه
الحق في المدعوى فهو محتمل فيما نحن فيه وكل اشتغال يحتمل طويلا لا يسوغ لصاحب الحق
استيفاء الحبس معه فهو محتمل فيما نحن فيه لكن هل يبطل الحق بمجرد ذلك أم لا بد من إبطال
القاضي فيه خلاف للأصحاب ثم يقول عند اطراد العسر فيأس إن الشفيع لم يجب
أو يقول ينسم سقط فيه خلاف بين الأصحاب كما حكاه الإمام وعلى الثاني لم يملك
فرع لو قال الشفيع عندي عقار وأنا أطلب وأحصل الثمن منه فهل يمهل إلى بيعه
قال الإمام إن كان عقارا لا يطلب مثله ولا يعتاق به وإن كان يطلب منه ولكن يماطل
المطالب معه فهذا مما لو وقع في الدعوى لا يستحق صاحب الدين طلب الحق إلى اتفاق البيع
وهل يبطل حق الشفيع في مثل هذا المقام والصانع المعروض معروف من إهمال الإمام
قال: وإن أخر الطلب من غير عذر على الفور بطلت شفعته للخبر ومن جملة
الأعذار غير ما ذكرناه عدم علمه بالمشتري أو الإقرار الحصة المشفوعة أو بقدر الثمن
وجنسه كما صرح به القاضي الحسين والفوراني ووافقهما في لفظ المجمل نقدر الثمن عمدا
في ترك الطلب الطبري وزاد فقال لو عين صريحا فيل مع عدم الثمن لم يسقط شفعته
وفي الإشراف ما يقتضي ذلك وزيادة فإنه قال إذا لم يعرف الشفيع الثمن سعى في طلب
المشتري ليعرف منه الثمن فيحتمل تلك عليك بالثمن المعلوم ولا يجوز أن يتوانى في طلب

المشتري ليعرف منه الثمن وهو معنى قول اصحابنا ان الطلب على الفور قال الرافعي انهم لم يشترطوا في الطلب ان يكون الثمن معلوما للشفيع وهل يكون الجهل بكون الشفعة على الفور عذرا فيه وجهان مخرجان من الخلاف المذكور في جهل الشفيع ان خيارها على الفور هل يعذر ام لا صرح به في البحر وفي النهاية الجزم بانه اذا كان جاهلا بكون له ان يحمل هذا انه عذر وكذا للخلاف في ان الجهل بثبوت اصل الشفعة مع العلم بالبيع هل يكون عذرا ام لا صرح به الشاشي في الحلية ولو كان على النخل الحاجز مع الارض فالشفيع طلع عن ماهو دنا لشفعة فهل يكون التاخير الى الجداد عذرا ام لا فيه وجهان في النهاية ولا نزاع في ان التاخير الى حصاده في المزروعة من زرع عذر فرع لو عفا الشفيع قبل العلم بالثمن او قدر الحصة فيصح عفوه قياسا ما ذكرناه عن الطبري في العفو قبل العلم بقدر الثمن عدم الصحة وهو ما جزم به الفوراني وفي التتمة حكاية خلاف فيه وبناه في الاول على الخلاف فيما اذا قال لمن يمنعه اشتريت احدهما مقصادا ان لم يكون الصحيح الصحة ولذا صح به في البحر وبناه في النافية على ان الابراء من الحقوق المجهولة هل يصح ام لا قال وان قال بعني او هب الثمن بطلت الشفعة يعني ان الشفيع اذا بلغه البيع فبادر الى طلب المشتري فلما لقيه بادر بقوله له بعني او هب الثمن ووجه ابطال الشفعة في الاولى انه عدل عن المطالبة بالشفعة الى ان يملكه بجهة اخرى وذلك يدل على الاعراض وفي الثاني وبين حكايته وجها عن الامام ان الشفعة لا تبطل بذلك ولم اقف فيما وقفت عليه من كتبهم الا على قولنا ان الشفعة على التاسد ووجه ابطال الشفعة في الثانية ما حكي عن الشيخ اي حامد والماوردي وقاله القاضي ابو الطيب في تعليقه ايضا انه كان يمكنه عوض ذلك ان يقول اخذت بالثمن الذي ابتعت به فلما لم يفعل ذلك كان تاركا للطلب بالشفعة مع القدرة عليه فبطلت الشفعة قال في البحر وهذا على قولنا لا يتعدد الخيار بالمجلس يشير الى خلاف مذكور في ان الشفيع اذا ترك الطلب او عفى هل يكون له الطلب ما دام في المجلس ام لا اوا علم ان ما حكيناه عن الشيخ اي حامد وبعض يفهم ان الاخذ يجوز بالثمن المجهول وهو مخالف لما يفهم من اللفظ الذي حكيناه من قبل ولما صرح به الرافعي وصاحب المرشد من ان الاخذ بالثمن المجهول لا يجوز وحينئذ يجمع من مجموع ما حكيناه عن الشيخ اي حامد وغيره خلاف في جواز الاخذ بالثمن المجهول وقد قال

الرافعي

الرافعي يمنع ان يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولا ما ذكرناه في بيع المرابحة وادعى ان في التتمة اشارة اليه ومقتضى هذا ان يكون في المسألة ثلاثة اوجه هي ثم احدها عدم الصحة مطلقا والثاني الصحة مطلقا لسبق العقد الثاني على الاول والثالث ان علمه في المجلس بعد وان تفرق قبل البيان بطل العقد لان المجلس حصل في التشوع حالة المعاوضة والذي رايته في التتمة هنا الجزم بانه اذا لم يطلع على الثمن في مجلس الاخذ لم يصح وان اطلع على ذلك في المجلس ابتناء على مسألة المرابحة وهذا الذي قاله الشيخ متصحا اوله يشبه خيار المجلس في الاخذ بالشفعة كما سنذكره في فصل الم... الجمل قول الشيخ اي حامد ومن تابعه على ما اذا كان الشفيع عالما بقدر الثمن واراد ان يستطلع المشتري به لتكون حجة عليه لو وقع اختلاف في قدر الثمن ويعضده امران احدهما ان السنجي وهو احد المتابعين وابن الصباغ وهو من اجلاء اصحاب القاضي ابي الطيب جزما بعدم جواز الاخذ بالثمن المجهول ولم يحكيا عنهما شيئا من ذلك مع محافظتهما على نقل كلامهما الثاني ان الروياني في البحر جزم بان الاخذ بالثمن المجهول ممتنع وان التاخير لمعرفته لا يسقط الشفعة وقال بعد ما سطر مثل قول الشيخ اي حامد ومن تابعه ولولا انه محمول على ما ذكرناه لكانت مناقضة ظاهرة ولـ[illegible]مع من ذلك ان الامام افهم كلام الاصحاب وقد حكى عن العراقيين انه لو اتى الى المشتري وقال بكم اشتريت الشقص بطل حقه وقال قياس المراوزة في هذا انه لا يبطل فانه معذور في البحث من جهة انه ربما يطالب بالشفعة اذا كان الثمن مقدرا عنده ولا يطلبها اذا كان اكثر منه ثم قال ولا شك ان هذا يفرض فيما اذا لم يكن عالما بمقدار الثمن من جهة اخرى ولا يمتنع ان يقال ان كان عالما بعدم في البحث ويحمل الامر فيه على اقرار المشتري انتهى وهذا يقتضي ان يكون ما قاله الشيخ اي حامد محمولا على حالة العلم وقد حمل الغزالي ما ابداه من قياس المذهب احتمالا للمراوزة مذهبا لهم وطرده في حالة العلم والجهل وكلام القاضي الحسين يدل على خلافه فانه قال اذا قال بكم الثمن قال اصحابنا بطل حقه لانه لم يبادر الى الطلب مع الامكان والذي عندي انه لا يبطل لما ذكرناه ان الجهل بقدر الثمن وجنسه يسوغ له التاخير وحكى الامام في ذلك في اخر الباب عنهم وعنه والخلاف عند العراقيين

عاليه ان قال بارك الله لك ... صفقة

ان الشفيع لو ابتدا المشتري عند لقائه بتحية السلام لم تبطل شفعته لان ذلك مستحب لقوله صلى الله عليه وسلم من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه ولذا لو قيل بارك الله في صفقة يمينك قال القاضي ابو الطيب والشيخ والماوردي لان وصوله الى الثمن يتم الشفيع يرد في صفقته والحق المتولي بذلك ما لو قال للمغنى انك اشتريت بشرى بارك الله في صفقة يمينك وا ستحسن الامام ما قال في السلام وقال انه خارج على ما قاله المحققون من انا لا نشترط قطع الاشتغال التي يكون الشفيع ملابسها عند بلوغ الخبر ومن البعض من اصحابنا من اشترط قطعها فلا يعذر ان شرط الابتدا بطلب الشفعة وقال قياس المراوزة في الدعا خلاف ما قالوه فان قوله بارك الله لك يشعر بتقرير الشقص في يده والمراوزة تعلق القاضي حسين ما حكيته عن العراقيين فرع ثمة مسائل يحتاج الى ذكرها اشتد الشفيع الطلب عند لقيا المشتري ثم امسك بعد الطلب من غير تعرض ولا تصريح قال القاضي حسين والمتولي بطلت شفعته حتى يكون متصلا بالطلب بحسب الامكان وهذا منهما دليل على ان حصول الطلب جعفرا الملك وهو ما يفهمه كلام الرافعي حيث قال اعتبر الاصحاب في التملك تسليم الثمن معلوما للشفيع ولم يشترطوا ذلك في الطلب وقد صرح بذلك ابن يحيى حيث قال يجب بالبيع ويستحق بالطلب ويملك بالاخذ وذلك يدل على التعاسر والكلام الح اي حاصله ومن بالعه الذي حكيناه من تعليل بطلان الشفعة بقوله اشتريت يدل على ان المراد بالطلب نفس الاخذ حيث قالوا اذا لم يقل اخذت بالثمن كان تاركا لطلب الشفيع الفه عليه وكلام الشيخ يحتمل الامرين وعلى تقدير احتمال وان قيل اعتقاد العراقيين ما نرى الشفيع الى طلب المشتري والحاكم على الفور اذا لم يكن علان فعل الشفيع معذورا في تاخير الطلب اذا اطلع ليلا الى الصباح او هاما هو فيه من شغل كاذهو مستقل لان تملك الشقص بالشفعة تفتقر الطريقين الى حضور الحاكم لانه ثابت بالنص ولا الى رضا المشتري ولا الى حضوره حكاه ابن الصباغ وغيره لان من لا يعتبر رضاه لا يعتبر حضوره كالزوجة اذا طلقها الزوج وفي الاشراف وغيره ان ابا سهل الصعلوكي قال الطلب من باب العبادة يستدعي مطلوبا ولا معنى لطلبها والشفيع الطلب الا في وجه

المشتري

المشتري او وكيله او البائع ان كان الاستشفاع منه ولا يفتقر التملك عند العراقيين الى بذل الثمن كما دل عليه كلام ابن الصباغ حيث قال اذا اخذ الشفيع وجب عليه الثمن ولم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجودا سلمه وان لم يقدر عليه في الحال اجلناه ثلاثا قال الحصري والشيخ الحاكم عليه الاحدور ذا الى المشتري وصرح به صاحب التتمة وكذلك في تعليق البندنيجي حيث قال اذا قال قد اخذت التملك انتقل الملك الى الشفيع ووجب عليه الثمن بعد احضار المشتري فاذا عرف هذا الفصل وقد استغنى عن ان يكون على الفور او على التراخي لانه اذا ملك نقل المبيع الى ملكه بغير احضار المشتري وقد يقع مراد ويكون الحضار الفداء اما اعتبار الملك بغير الاطلاع حتى انه اذا لم يفعله واشتغل بطلب المشتري سقط عن بعد مقصرا فقد استشعر صاحب الاشراف واجاب في انه لا كلام عندي في حال كون الشفيع جاهلا بقدر الثمن بان التملك يقع والطلب لاجل معرفة قدر الثمن حتى يتمكن التملك في حالة العلم بقدر الثمن تعذرت على التملك جعل جوابه مبنيا على اصل يكره المهذب وصورة المشتري اذا اطلع على عيب بالمبيع ولا احد حاضر معه هل يجب عليه ان يقول فسخت العقد ام لا وحكى عنه القاضي الحسين انه قال بالوجوب اذا لم يقدر على الفور فله الرد والفسخ وهي لا يحس على الراد الفاسخ بعده وعن القفال المروزي ان المشتري لو اخر الرد الى الرفع الى الحاكم جاز وان الاستقلال بالرفع الى الحاكم او على قول بعض العلما لا بد من رضى المردود عليه او حكم الحاكم قال والاستشفاع بمنزلة الرد بالعيب فيقول الشفيع على راي القاضي في اي راي كان يملك الرفع بالشفعة ثم احضر بها فلا يعذر حالا الشفيع وعلى لا اذا ظفر بما اشهد به عليه ليخرج من الخلاف فعلى خلاف ابي حنيفة فانه يعتبر حضور المشتري وحكم الحاكم كما حكاه الرافعي عنه او رضى المشتري او حكم الحاكم ابن الصباغ عن مالك صاحب الاشراف وعلى ذلك يخرج ما قاله الاصحاب في تفسير الاعذار وعلى ذلك يخرج عليه ما الذي على الفور وبه جوابا ان وما قاله في حال عدم العلم بالثمن حسن بالغ وما قاله في حال العلم فهو المخرج في الجواب وجعل كان العراقيين صاروا الى ما صار اليه القفال من التعليل وهذا مع تسليم ما نقل عنهم في عدم اعتبار ما ذكرناه والا فقد حكى في الاشراف ايضا في فصل كيفية

الحكم وما حكي بالقاضي ان الملك لا يحصل الا بتسليم الثمن على وجه وعلى وجه لبعض
اصحابنا لا يحصل الا بتسليم الثمن وقضاء القاضي وكلام الماوردي يقتضي انه لا يحصل له
الملك الا بتسليم الثمن فانه لو قال من بادر بالطلب انظروني بالثمن وامهلوني الى الملك
حتى احضر الثمن لم يجز ان يحكم له بالملك وعلى هذا يندفع السؤال عن ان البدل لا يتم
الا بقبض والقابض المشتري او وكيله او الحاكم لتعذر طلبه لعدم القدرة على الملك
دونه والله اعلم فان قيل هل يتوجه ايراد هذا السؤال على الماوردي قلت لا لما
يظهر لك اذا عرفت ما ذكروه فيما يحصل به الملك فاذكره وان طال لما فيه من فوايد
وقد قالوا لا بد من لفظ دال على الرضى اذا لم يكتف بالمعاطاة وان فهم لفظ الوسيط
والمحرر عدمه مثل اللفظ الدال قوله تملكت او اخترت الاخذ بالشفعة واخذت الشقص
بالشفعة وما اشبه ذلك ولا يحصل بنفس الطلب كما صرح به المتولي ووجهه ان
المطالبة رغبة في الملك والملك لا يحصل بالرغبة المجردة وبهذا قصد ما حكيته من كلام
الماوردي صار المذهب وحكى الرافعي عن امالي السرخسي ان الطلب يلغي سببا لثبوت
الملك وايقعه على قوله تملكت وعليه ينطبق كلام الغزالي حيث جعل قوله طلبت الشفعة
لفظا محصلا كقوله اخترت وهو مقيد بما اسقطه من كلام الحامدي ان المراد بالطلب
نفس الاخذ والاظهر ما قاله الرافعي الاول ثم وجود اللفظ وحده غير كاف في
حصول الملك وهو الذي استقر عليه ... القفال بعد ان كان يقول بحصوله بمجرد
الاخذ لكن بعد لا يفيد تصرف المشتري في الشقص بالبيع ونحوه وان كان يحصل
فيه وجهان حكاه القاضي الحسين عنه وحكاه الامام عن صاحب التقريب ثم ابدى احتمالا
في جواز التصرف وجعل الاظهر المنع اذ لم يحصل الملك واذا وجد مع اللفظ
تسليم الثمن الى المشتري فقد حصل الملك فان بذله فامتنع المشتري من قبضه خلى
بينه وبينه او رفع الامر الى القاضي حتى يلزمه التسلم وان لم يوجد ذلك وسلم
المشتري الشقص الى الشفيع راضيا بذمته حصل الملك ايضا وان وجد
رضا المشتري بذمة الشفيع ولم يسلم الشقص او لم يوجد ذلك ورفع
الشفيع الامر الى القاضي واثبت حقه في الشفعة لديه وهو طلبه فقضى له بحق
الشفعة فوجهان اصحهما في الرافعي الحصول وفي الوسيط الاظهر عدم الحصول

في الثانية وفي المحرر الاظهر عدم الحصول فيهما ثم على الاول لا يملك ما لم يسلم الشقص
ما لم يسلم الثمن وان قلنا في البيع يبدا بالبائع خرجنا الا ما في الصورة الاولى على الخلاف في
البيع ولو عدم قضاء القاضي ورضا المشتري ووجد من الشفيع الاشهاد على الطلب والاشهاد
بالشفعة فان قلنا بعدم حصول الملك مع قضاء القاضي فهنا اولى وان قلنا بالحصول
ثم فهنا وجهان والفرق قوة قضاء القاضي على القول بحصول الملك بقضاء القاضي
او الاشهاد فاذا اخر الشفيع تادية الثمن بعد اعذار ... فهل يحكم ببطلان ملكه
ام لا ام يحتاج في ابطاله الى الرفع الى الحاكم فيه وجهان في النهاية والبسيط اختيار
القاضي منهما الثاني وسلك في الوسيط طريقا اخر فقال اذا قلنا بحصول الملك
بقضاء ... الثمن بطل ملكه لكن بطريق الفسخ ام بطريق الانفساخ فيه وجهان
ثم قال هذا اذا رضي المشتري فان ابى الا اخذ الثمن فهل يتخير الشفيع الى ان
يسلم الثمن فيه وجهان وقد حكى بعضهم على الوسيط فقال قوله هذا اذا رضي المشتري ى
لم يظهر معناه ومعناه ان الخلاف الذي ذكره في الملك يبطل ... ام لا وقعا
بشرط طلب المشتري ورضاه اما اذا ابى ذلك فلا يبطل الحق ... يكون للشفيع
ابطاله ما لم يسلم الثمن فيه الخلاف الذي ذكره والمذكور في الاشراف ان الشفيع
اذا امتنع القاضي ... للمشتري فسخ الاستشفاع او ... الشقص
الوقاية فيه وجهان فاذا عرفت ما قلناه فيما يحصل به الملك تحصل للوجهان احدهما
لا يحصل الا باللفظ وبذل الثمن او تسليم الشقص وعلى هذا لا يمنع طلب المشتري
لان القبض على التملك لا يحصل بدونه او ما فيه فلا يرد ما ذكرناه من السؤال والثاني
انه لا يحصل الا بذلك او باللفظ وقضاء القاضي او الاشهاد ولو بمجرد الطلب
واهل هذا من سلك ... لم يقصر ... السؤال المتوجه عليهم
في الرد بالعيب فرع اذا لقي الشفيع المشتري في غير بلد طلع على الشراء
في غير بلد الشقص المبيع فاخر الطلب الى العود الى بلد الشقص بطل حقه
لقدرته عليه فلو انكر المشتري الملك وكانت بينة ببلد الشفيع فاخر
الحصول ... لم يبطل حقه لانه معذور ... المغني بها رجل وامرأتان او
رجل مع يمينه والمستحق بنا شهاد ... كذا في الروايع ...

في المجرد وحكاه الامام عن سعيد وقال اراه مفرعا على مغني بها فان شهادة الشفيع لكانه
لا تقبل ولا خلاف في انها اذا شهدت له بالملك صح حقه في الشفعة ولو شهد له بالملك في
نهاية صححه في الشفعة فيه وجهان في الحاوي والذي دل عليه كلام الشيخ ابي حامد وغيره
في كتاب الصلح التنبيه فان الرافعي حكى عنه ثم انه قال لو ادعى رجل على رجل دارا في يده
فاقر احدهما وكذبه الاخر يثبت له النصف باقرار المصدق ولو صالح المدعي المقر على مال
واراد المنكر اخذه بالشفعة فله ذلك ان ملكا في الظاهر بسبب مختلفين وكذا ان ملكا
بسبب واحد من ارث او شرا على احد الوجهين ومحل الذي جعله الرافعي في الصلح الاظهر
حكمنا في الظاهر بصحة الصلح واستقلال الملك الى المقر وان كان العراقي جعل الاصح عند
اتحاد السبب عدم الاخذ لزعم المكذب بان الصلح ما صح ووجه دلالة هذا اللفظ على
ما ادعيته ان المصدق مكذب للمكذب في دعواه الملك مع ثبوت يده وقد حكمنا
بالملك له بسببها ومع هذا لم يمنعه من ثبوت شفعته والذي صرح به المتولي
وابن الصباغ وصاحب الاشراف هنا عدم الثبوت وهو الذي دل عليه كلام الرافعي
في الاخذ الا بلا حسب فالو وجد دارا في يد اثنين وادعى احدهما ان جميعها له والاخر
انها بينهما نصفين وصدقنا الثاني بيمينه لان اليد تشهد له فالمدعي الكل بعد نصف
مال دار اراد الاخذ بالشفعة وكل المشتري ملكه فانه يحتاج الى البينة ومعه في
الخصومة مع الشريك اكان دفع ما يدعيه الشريك لا اثبات له فان
وان قال صالحني عن الشفعة على مال او اخذ الشقص بعوض مستحق بعد قيل يبطل وقيل
لا يبطل هذا الفصل يضم مسالتين مهمة او لاهما ان يقول الشفيع للمشتري صالحني
عن الشفعة على مال فصالحه عليه فهذا الصلح غير صحيح على المذهب لانها اسقاط خيار ثابت
بالشرع لا يسقط الى مال فلم يكن اخذ العوض عليه كخيار المجلس وفي التتمة انه حكى عن
ابن سريج جواز المصالحة عن حق الشفعة والمشهور الجديد لذلك ابو اسحاق وانه
يجوز المصالحة ايضا على مقاعد الاسواق وحد الغرفة يعلى المذهب يجب رد المال
وهل يسقط الشفعة فيه الخلاف وجه السقوط ان عدوله عن طلب الشفعة
الى العوض رضا باسقاطها ووجه عدم السقوط انه انما سمح بالترك طمعا في العوض
فاذا لم يسلم رجع الى حقه كما في البيوع الفاسدة وهذا الخلاف الذي عبر في الرد السبب

ومحل

ومحله ما اذا كان الشفيع جاهلا بعدم صحة المصالحة اما اذا كان عالما بطل وجها
واحدا وصورة الثانية ان يقول الشفيع اخذت الشقص بالشفعة بهذه الدراهم
ثم ظهرت مستحقة ووجه السقوط فيها انه اخذ الشفعة بما لا يملك فصار كانه ترك
الاخذ مع القدرة عليه وهذا ما حكاه الشيخ ابو حامد والبغوي ووجه المقابل لم يقصر
في الطلب والاخذ والشفعة لا تستحق بمال معين حتى يبطل باستحقاقه وهذا ظاهر لفظ
المزني به قال ابو اسحاق وابن ابي هريرة واختاره كثير من الاصحاب منهم العراقي لو قال
اخذت الشقص بثمن في ذمتي ثم دفع عنه مستحقا لم يبطل وجها واحدا الا ان يعسر بالعوض حكاه
الماوردي وقيل جريان الخلاف في هذه الحالة ايضا وخروج الدراهم عاسا كخروجها مستحقة
ومحل الخلاف في الاصل كما حكاه الرافعي ما اذا كان الشفيع عالما باستحقاق المدفوع به
اما اذا كان جاهلا باستحقاقه فلا يبطل وجها واحدا الا ان هل يمس انه لم يملك ما دام المستحق
حتى يفتقر الى تمليك جديد او نقول انه ملكه والثمن دين عليه فيه وجهان حكاهما الامام وقال
محل الاوجه لعدم السقوط مع علمه بالاستحقاق وقولنا ان الشفعة على الفور
وان بلغه الخبر وهو مريض او في مرضها منعه من السعي والمطالبة او محبوس او غائبا لا يقدر على
ان يتمه ولم يقدر على التوكيل فهو على شفعته لعذره وظاهر كلام الشيخ يقتضي انه لا حاجة
في هذه الحالة الى الاشهاد وهو قول او وجه اختاره الشيخ ابو محمد وقيل انه يشترط ان امكن
فان لم يفعله سقطت شفعته وهو ما صار اليه اكثر الاصحاب كما حكاه في البحر والاظهر في الرافعي
على هذا يعتبر ان يشهد عليه كاملة يقبل قولها عند الحاكم قال في البحر ولا يكفي اشهاد عدل
واحد ليحلف معه لان من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلت وقد ذكر في باب الضمان
والوكالة ما يقتضي ان يخرج منه الاكتفاء به على راي فيطلب منه واذا لم يقدر على الاشهاد فقيل
يجب عليه ان يقول تملكت الشقص رضي الله تعالى عنه اما اذا طلب بالشفعة صرح به الامام وفيما
ذكرناه اما اذا قدر على التوكيل فلم يفعل ففيه ثلاثة اوجه المذهب منها في تعليق ابي الطيب
والشامل والتتمة انها تسقط وبعضهم حكاه عن النص اي نصه والثاني لا لان التوكيل ان
كان بعوض لزمه عزم وان كان بغير عوض ففيه منة وكلفة الضرر وايضا فقد يكون الحظ في
تركه وهذا ما اختاره ابو اسحاق كما حكاه في البحر والثالث ان وجد متطوعا فلم يفعل
بطلت شفعته والا فلا لان المنة في ذلك يسيرة اما اذا كان المرض لا يمنعه من المطالبة كالصداع

السفر ونحوه او كان تقدر على الخروج من الحبس بان كان معسرا وادرا على اقامة البينة على
اعساره او مليا تقدر على الوفا فهو كالصحيح المطلق والخائف من العدو في هذا المعنى كالمريض قال
وان بلغه الخبر وهو غايب فسار في طلبه واشهد فهو على شفعته لشروعه في الطلب بعد الامكان
ولهذا الحكم فيما لو لم يسافر ولكنه وكل عقب بلوغ الخبر وسار الوكيل وليس عليه في المسير الى ذلك
ارهاق ولا عجلة كما ذكرناه من قبل قال وان لم يشهد اي مع تيسيره بطلت شفعته
ولانا حدهما نعم لان الاصل بقا حق الشفعة وبقا ملك المشتري فان الذي وجد من المسافر
محتمل ان يكون للطلب ويحتمل ان يكون لغيره وقد يحج في الفروع من قول عدم السقوط لانه اعتماد
بالظاهر ايضا ولا نزاع في انه يقف بلد لا يجري فيما اذا وكله ولم يشهد لان التوكيل قائم مقام من
شرع حيث اعتبرنا الاشهاد فقال الشفيع قد اشهدت وسرت وقال المشتري لم تشهد
او قلنا لا اشهاد وليس بشرط فقال الشفيع سرت عقيب السماع وقال المشتري لم تسر عقيبه
مع الامكان فالقول قول الشفيع لانه اختلاف في فعله وهو اعلم به وكذا لو اختلفا فقال الشفيع
اخرته للعجز وقال المشتري بل مع القدرة فالقول قول الشفيع قاله في البحر وقال الرافعي في هذه
الحالة ان وجدنا ما يدل على ذلك فالحكم كذلك والا فالقول قول المشتري قال
وان لم يقدر ان يسافر اي لخوف في الطريق او الحر او البرد مفرطا او لفقد النفقة كما قاله القاضي حسين
ولا ان يوكل فهو على شفعته اي الى ان يقدر لانه لا يصلح عذرا والحكم في اعتبار الاشهاد والتوكيل مع
القدرة عليه وترك احضار الملك في الباطن كما ذكرناه قال وان اخر وقال لم اصدق
المخبر اي بالبيع فان كان المخبر فاسقا او امراة او عبدا لم تبطل شفعته لان اقوال هولاي لا يثبت
بها ويلحق بهم اخبار الكافر والفاسق وهذا ما حكاه الشيخ ابو حامد والقاضيان ابو الطيب والحسين
وابن الصباغ وفي المهذب حكاية قول انها تسقط باخبار المراة والعبد تغليبا لحكم الخبر لا
حكم الشهادة وحكاه في البحر عن تخريج القاضي الطبري وهو في الوجيز والرافعي الاظهر عند احاد
العبيد وعلى هذا يجيء في سقوطها باخبار الصبي الذي لا غرامة به وجه مما على قبول روايته وقد
صرح به ابن يونس وفي الحاوي انها تسقط باخبار من يقع في قلبه صدقه ولو من كافر قال
وان كان عدلا لا تقبله فهو على شفعته اذ ليس الشاهد الواحد مما يثبت البيع وحده
وقيل تبطل شفعته لانه حجة في الشرع عند اليمين فاشبه ما لو اخبره عدلان او رجل وامراتان
وهذا ما حكاه في المرشد وجعله الغزالي الاظهر فرع لو اخبره بنسوة هل يسقط شفعته
على قولنا ان خيار الواحد لا يسقطها قال المتولي ذلك ينبني على ان المدعي اذا اقام امراتين هل
يقضي بيمينه معهما ان قلنا لا فهو كالمراة الواحدة وان قلنا نعم فهو كالعدل الواحد وهذا كله
اذا لم يبلغ الخبر حد التواتر اما اذا بلغ فاخر بطلت شفعته وان كان المخبرون فساقا قال
وان قال في البيع اي صادقا لا لا بل في مبلغ الثمن او جنس الثمن اي في مدة الخيار او قال اشترى
ولا اعلم الملك لم يسقط شفعته اما في الاولى والثانية فلان ذلك سعي في تحصيل السبب المثبت
للشفعة ولا يكون مانعا منها واما في الثالثة فقد ادعى في البحر الاجماع عليها وانه لم
يخالف فيها الا عثمان البتي ويشبه ان يكون متمسكا بمفهوم الخبر وهو قوله صلى الله عليه وسلم
فان باع ولم يؤذنه فهو احق به ولنا عليه انه اسقط الحق قبل ثبوته فلم يسقط كما لو ابرا من
الدين قبل وجود سببه او ضمان الدرك وجعل الخيار المشروط للشفيع برضاه كضمان الثمن
في عدم اسقاط الشفعة صرح به الاصحاب وسنذكر شيا فيه قال وان توكل في
شرائه لم يسقط شفعته لما ذكرناه وقيل يسقط لانه رضي له بالملك والتزم مقتضاه قال
الامام وكان شيخي في غالب ظني يطرده في ضمان الشفيع العهدة وضمان الثمن وما ذكره
ان كان يتجه في ضمان العهدة فليس له ظهور في ضمان الثمن ولو اشترى الوصي لليتيم
شقصا له فيه شفعة فهل له الاخذ بها فيه وجهان في الشامل والمهذب
منهما كما حكاه الرافعي الجواز واورد صاحب البحر بعضهم رجح خلافه ووجهه بان ذلك
يفتح على التهمة ان استحق المنفق قال وان توكل في بيعه سقطت
شفعته لان التهمة تلحقه من تخفيف الثمن ليأخذه به ولو وجد البيع باكثر من ثمن المثل
لانه قد يتهاون في طلب زيادة عليه واذا كان كذلك بطل حقه كالوصي اذا باع شقصا له
فيه شفعة وقد ادعى الشيخ ابو علي كما حكاه الامام عنه اجماع الاصحاب على انه لا شفعة
للوصي وهذا قول ابن الحداد كما حكاه ابن الصباغ وراه في فروعه وقيل لا يسقط لانه
تولى احد طرفي العقد فلم يسقط شفعته كالوكيل في الشرا وهذا ما حكاه في الحاوي والقاضي
ابو الطيب وصار اليه الاكثرون والشيخ ابو محمد وصححه في الوسيط وعن رواية صاحب
التقريب جريانه في الوصي ايضا وبه قال ابن القطان والقفال ايضا كما حكاه ابن الصباغ ووجهه
بان ذلك يثبت على المشتري بعد تمام العقد والفرق على الاول ان البائع العاقل متمكن
من دفع الظلامة عن نفسه في الحال ان العقد بخلاف المتهم واعلم ان مقتضى

ما علله به الوجه الاول ان الشفعة لا تسقط جزما اذا وكل في البيع من يبيع بثمن معين اذ
لا تهمة في هذه الحالة فانه لا يقدر على البيع باكثر من ذلك الثمن وما ذكرته هو المشهور وسلم
التوكيل في الشرا والبيع وفي ربع العمدة على التنبيه ان من اصحابنا من قال اذا توكل في البيع لم
تسقط شفعته وان توكل في الشرا سقطت والفرق انه اذا توكل عن البائع فهو على ازالة
الملك او ازالة الملك شرط في الشفعة واذا توكل عن المشتري فهو معين على التملك واذا
اعانه على التحصيل في الملك لم يجز ... ولا خلاف في جواز احد الوجهين
الشقص اذا باعه بطريق الوصاية بعلم بموجبه ولا ينافي الشفعة فرع اذا اشترى عامل القراض
شقصا لرب المال فيه شفعة هل لرب المال اخذه فيه بماله اوجه رواها في البحر عن ابن سريج احدها
نعم لكن ليس بطريق الاستشفاع بل بحكم الاسترجاع بمال القراض وانه لم يظهر فيه ربح
والثاني ياخذه بالشفعة لا بحكم القراض لان المالك لا يملك اخذ مال القراض الا بالفسخ
والثالث لا ياخذه اصلا فعلى هذا لو باعه العامل فهل ياخذه رب المال بالشفعة فيه
وجهان وجه المنع ان الملك المبيع له فكيف ياخذ ما بيع له وهذا قريب مما حكاه الاصحاب
فيما اذا مات من عليه دين مستغرق ما خلفه من حصة من عقار بيع فيه ولوارثه شركة في
العقار ودمه فانه ليس له الاخذ بالشفعة لما اشتراه وقد صار ابن الحداد الى ثبوت الشفعة
للوارث وقال في البحر ان القاضي صار اليه لاحتمال ان الميت باعه في حياته وانه لم يذكر
سواه وقد نص ان ابن الحداد فرع على ان الدين يمنع الارث فاحاله الامام ضياعا على العدم
ونص عن الاصطخري وليس كذلك لان ابن الحداد قد جزم فيما اذا مات شخص وله شقص من
عقار وعليه دين مستغرق وباع الشريك الميت حصته من العقار قبل بيع حصة الميت في
الدين ان لوارثه الاخذ بالشفعة ولو اعتقد مذهب الاصطخري لم يكن له الاخذ قال
وان باع حصته قبل ان يعلم بالشفعة ثم علم فهل تسقط لان الشفعة شرعت لازالة الضرر
وهو مندفع عنه وهذا قول ابن سريج وهو الاصح في الحاوي والبحر واحد الاوجه في المرشد وقيل لا تسقط
لانها تجب بالشركة عند العقد وقد وجدت وهذا قول ابي حامد ولهذا نظائر منها اذا لم يعلم
بالعيب حتى زال ومنها اذا لم تعلم الامة بالعتق حتى عتق الزوج ومحل الخلاف في مسالة الكتاب
صرح في المرشد اذا باع بغير شرط خيار اما اذا باع به وفسخ البيع لم تبطل الشفعة فلو باع حصته
بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته وجها واحدا ولو باع بعضها فحسب لا تسقط اذا باع الجميع

فيها

فيها اولى وحيث تسقط اذا باع الجميع اما مع الجهل او العلم فهاهنا وجهان وجه الثبوت
في حالة الجهل وهو الاصح في التهذيب دفع الضرر وبالقياس على ما لو اعتق في ملكه من ذلك ابتدا
الاقربما ... ملكه وفي حالة العلم البنا على انه اذا عفى عن بعض شفعته لا تسقط شفعته كما قاله في
البحر والحلية ومقابله في هذه الحالة عند الامام ومن اظهر قال وان اظهر له شراجزء
يسير او جزء بثمن كثير فترك الطلب ثم بان خلافه فهو على شفعته لانه لم يترك الاستشفاع للزهد
فيه بل للقلة او الغلا فلا يكون مقصرا ولو اظهر له شرا جزء كثير وظهر يسير ما تطر ان كان بالثمن الاول
فلا شفعة له وان كان باقل منه ثبت له جزء يسير بعد ثمنه دون ثمن الكثير فكان تركه لذلك
ولو بلغه ان المشتري زيد وعفى فاذا هو عمرو وقد اشتراه زيد لعمرو لا تسقط شفعته لانه
قد يرضى بمشاركة زيد دون عمرو وفي الحاوي في الاولى حكاية وجه انها تسقط بنا على ان الشفعة انما
وجبت لاجل مؤنة القسمة وقد رضي بها ومقتضى هذا ان يكون هو الصحيح اذ هو علة المذهب
ولو علم ان المشتري وكيل فعفى عن الموكل وبان انه وكيل سقطت شفعته ولو عفى عن الوكيل وبان
الموكل فهي بطلان شفعته وجهان في الحاوي وجه البطلان ان الوكيل خصم فيه ووجه عدمه انها
مستحقة على غيره ولو بلغه ان الشرا انعقد ثم ظهر انه ينعقد غيره كان على شفعته وقال الامام
انه لم يكن ثبت العذر عند المقوم فلا شفعة ولو بلغه الشرا الف حال وعفى فاذا هو مؤجل لم
تسقط شفعته ولو كان بالعكس فلا شفعة له عند العراقيين كما حكاه البندنيجي والروياني في
البحر وهو الذي يحكيه بعض المراوزة وجزم به القاضي الحسين والله اعلم قال ولا يوجد الشقص
الا من يد المشتري او من يقوم مقامه لان الشفيع يحل محل المشتري في الاخذ بالثمن
وشرا ما لا يقبض لا يجوز فلذلك اخذ بالشفعة وهذا ما وجه به الماوردي والروياني وقال بعضهم
ان المراد بالاخذ الملك لا نفس القبض وعبر بما وجهه بان الاخذ من البائع يبطل المسلم المسمى
بالعقد للمشتري فيودي الى ابطال البيع بالشفعة والذي نفهم ان المراد بالاخذ القبض دون حصول
الملك وهو الذي دل عليه كلام ابن الصباغ حيث قال اذا وجبت له الشفعة وقبض له فها القاضي
والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع اقبض فانه لم يصح لان الصحيح من
المساعي وليس للشفيع مالكا حصته فان باعه منه لم يجز قبل قبضه قال وعهدته
عليه اي اذا خرج الشقص مستحقا رجع الشفيع على المشتري وان اراد فسخ النقص يلزمه فانه لانه
منه انتقل الى الشفيع فكان عهدته عليه كما ان عهدة الشقص للمشتري على البائع وقالوا شراؤه منه

قال فان امتنع من قبضه اي امتنع المشتري من قبض الشقص من البائع اجبر عليه
ليتمكن الشفيع من الوصول الى حقه قلــــم يوجد منه لطلبه العدم والحق القاضي ابو الطيب عن المصري
في ضمان العهدة ما اذا استلمه الشفيع من البائع باذن الحاكم وقال ان الشقص لو خرج مستحقا
رجع الشفيع على المشتري بالثمن ثم المشتري يرجع على البائع وكذلك قال ابن الصباغ وقال
الحاكم ان يبعث من يتسلمه للمشتري من البائع عند امتناعه وغيبته ثم ياخذ الشفيع وذكر
الماوردي هذه الحالة في حال غيبة المشتري وحكى هو وابن الصباغ وجها عن ابن سريج ان للشفيع
اخذه من يد البائع قبل قبض المشتري ووجهه الماوردي بان الشفيع ياخذ جبرا الحق وان كره
المشتري جاز وان كان قبل قبضه لا يجوز الفسخ والاقالة قبل القبض وبرا البائع من ضمان الشقص
بقبض الشفيع لانه اخذ بقبض توجه على المشتري وعلى هذا قال ابن الصباغ لا يحتاج المشتري
مع القبض قلت وحاصل ما حكاه الماوردي يرجع الى ان الشفيع بمنزلة مشتري اول
وعلى ذلك ينبغي ان يخرج جواز الشقص الذي لم يره الشفيع قبل الرؤية وجواز رفع الشفيع
الشقص قبل قبضه وثبوت خيار المجلس وقد قال ابن سريج احد احدهما لم يبرؤ وان علما بالجوار
مع العاقب الا ان يرضى المشتري بخيار الرؤية فيكون اذا جوزنا بيع الغائب والفرق اما اذا
جوزنا بيع الغائب انما هو خيار الرؤية برضى البائع بالعقد وفي مسلما الشفيع ياخذ بالقهر
فلا يثبت الخيار وهو شرطه وفي تعليق القاضي الحسين انا ان لم نشترط الرؤية في البيع ففي الشفعة
اولى وان اشترطناها في البيع ففي الشفعة وجهان بناء على الوجهين في ثبوت خيار المجلس للشفيع
وعلى ذلك جرى في الوسيط وقد حكينا عن ابن الصباغ الجزم بان الشفيع لو اراد بيع الشقص
من بائعه بعد تملكه واقباضه المشتري لم يجز انه لا يجوز وحكى الامام في جواز البيع قبل قبضه
وجهان وعلى المذهب منهما ما حكاه ابن الصباغ وقال ان الشفيع مع المشتري كالمشتري مع
البائع [illegible] ويرد من التصرفات والذي حكاه البندنيجي ان الشفيع بعد نقض المشتري الثمن ان
نقض المبيع من البائع ويعتد بالاستدعنه في القبض فلو قال الشفيع لا اقبضه [illegible] الا ان
المشتري قبضه قال ابو العباس في المسلك قولان يعني وجهين احدهما ليس له ذلك ويقال له اما
ان تاخذه من البائع او تدع والثاني له اجبار المشتري على ذلك قال ولا ياخذ بعض الشقص
اي بالشفعة وان بذل الشفيع ما يقابل ما ياخذه او بذل جميع الثمن في مقابلة البعض اما في
الحالة الاولى فلما في ذلك من الاضرار بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال

بالضرر

بالضرر واما في الحالة الثانية فلما في ذلك من تقليد المنة وبين ضرر [illegible] ما في الشركة من
الاضرار ولو قال الشفيع عفوت عن اخذ نصف الشقص بالشفعة فهل تسقط
شفعته في الجميع ام لا فيه وجهان في الحاوي اصحهما وبه قال ابن سريج السقوط كالعفو
عن بعض القصاص وحكى الخراسانيون وجها ثالثا انه يسقط ما عفى عنه ويبقى ما لم
يعف عنه وحكى الروياني عنهم انهم قالوا المنصوص قال الصيدلاني وموضعه اذا رضي انه
المشتري بتبعيض الصفقة اذا ابى فله اخذ الكل قال الامام وهذه الوجوه على القول
بان الشفعة ليست على الفور اما القول بانها على الفور فمنهم من قطع بان العفو عن البعض
تاخير الطلب في الباقي ومنهم من احتمل ذلك اذا بادر الى طلب الباقي واجرى الوجوه قال
وان اشترى شقصين من ارضين في عقد واحد جاز للشفيع ان ياخذ احدهما لانه
قد يلحقه الضرر على احدهما دون الاخر ومع ذلك فلا ضرر على المشتري لان
الشقص الاخر يبقى عليه ولا تبعيض عليه في الشقص المأخوذ وعلى هذا الاخيار للمشتري
بتفريق الصفقة لانه دخل على ذلك اولا لان التفريق جاء من جهة غير البائع بعد الشرع قال
وقيل لا يجوز اي لا يجوز للشفيع [illegible] لانه تبعيض ما وجب له فلم يجز له ذلك كما لو
ثبتت الشفعة في شقص دار واخذ بعضه وهذا ما ادعى [illegible] انه الاظهر من المذهب
وكذلك [illegible] في المهذب والذي صححه الرافعي والبندنيجي الاول وكذلك ابن الصباغ بعد ان قال
انه منصوص الشافعي وقال القاضي الحسين وهذا الخلاف مبني على القولين في جواز تفريق الصفقة
بالرد بالعيب اما اذا كان الشفيع شريكا في احدهما هو شريك فيه فيقتصر عليه وجها واحدا قال
وان ملك بعض الشقص بعوض اخذ الباقي بحصته من الثمن لانه اخذ بالشفعة بعض ما تناولته
الصفقة فوجب اخذه بالحصة كما لو اشترى مع الشقص سيفا [illegible] ولانه يلحقه
الشقص بحصته من الثمن فعلى هذا تقوم الجميع حال العقد فاذا قيل ما يقوم بعد العرف
فاذا قيل [illegible] على التفاوت العشر ما اخذ الشقص المأخوذ بتسعة اعشار الثمن وقال
الامام اذا فرعنا على ان الملك يحصل [illegible] بعض الخيار فيجوز ان يعتبر القيمة يوم الاطلاع
[illegible] وما حكاه [illegible] رواه الربيع ونسبه الماوردي والمتقدمين والقاضي
ابو الطيب الى رواية المزني في القديم والرافعي الى القديم [illegible] في الجديد وقيل
ياخذ الشفيع بكل الثمن لقوله صلى الله عليه وسلم فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به بالثمن

خطه احق بجميع الثمن ولم ينفصل وبالقياس على ما لو سقطت يد العبد المبيع في يد
البايع قبل القبض وهذا ما رواه المزني هاهنا وقاله في باب التفليس وحكى القاضي ابو
الطيب عن ابي اسحاق ان المزني نقل ذلك عن رواية حرملة وحكى الامام مثله في باب
التفليس في مسالة السقف والسيف عن رواية صاحب التقريب والعراقيين احد امرين وقول
من قال اذا رد احد العبدين بالعيب كان للمشتري مخيرا بين ان يمسك الباقي بكل الثمن او
يدع ثم قال وهو عندي غريب من حيث الاجماع وقد حزب الاصحاب في مسلتنا ستة احزاب
فذهب ابو الطيب بن سلمه وابو حفص بن الوكيل الى اثبات النص قولين في المسيلة
وتوجيههما ما ذكرناه وهذه الطريقة تجري فيما اذا انهدم الشقص ولم يذهب من نقضه
شي مع القطع بان الشقص يسلم للمشتري كما صرح به ابو الطيب وغيره وذهب ابن سريج
وابو اسحاق المروزي كما حكاه الماوردي الى القطع بما رواه الربيع ونسب المزني الى الغلط
فيما نقله في الموضع فانه لا يعرف للشافعي في شي من منصوصاته ولذلك حكى السنجي انكار
هذا النقل عن اكثر الاصحاب وذهب جماعة من الاصحاب الى صحة ما نقله المزني والربيع
ولم يثبتوا ذلك قولين لكن حملوا ذلك على حالين واختلفوا في الحالين فمنهم من قال وهو ابن
ابي هريرة رواية المزني محمولة على ما اذا ذهب الغالب وبقي اليسير فلا يكون للشفيع نظرا الى
حاله وقت الشفعة ورواية الربيع محمولة على ما اذا ذهب (فات) النقض وكان يقول ابو الطيب ان
ابا اسحاق المروزي قال بهذه الطريقة واختارها القاضي ابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ
سعراد كان له في العدة موافقة لما في الكتاب ومنهم من قال رواية المزني محمولة على ما
اذا كانت العرصة باقية بحالها ورواية الربيع محمولة على ما اذا تلف بعض العرصة وهذه الطريقة
نادها للشيخ ومنهم من قال رواية المزني محمولة على ما اذا كان سبب الهلاك ما قد سماويه
ورواية الربيع محمولة على ما اذا كان بفعل مضمون لانه ضرر على المشتري ومنهم من حمل رواية
المزني على ما اذا تزلزل الشقص وتكسرت الجذوع ولم يسقط ورواية الربيع على ما اذا
سقطت على الارض فلم يبق النقض للمشتري لانه منقول حالة الاخذ وهذه الطريقة اذا انضمت
مع طريقة ابن ابي هريرة حصل منها وجهان او قولان في ان النقض هل يوخذ مع الارض بالشفعة
ام لا كما صرح به الاصحاب ومما الوجهين المذكورين فيما اذا اشترى شقصا فيه نخل وعليه طلع
غير موبر ثم تبر قبل الاخذ هل يوخذ مع النخل بالشفعة ام لا وسلك القاضي الحسين فيما

اذا تزلزل الشقص طريقا حسنا فقال اذا تزلزل الشقص المشفوع فيه وتكسرت
اخشابه ولم يسقط فالشفيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن والترك وان سقط على النقض
كان النقض باقيا ابنى ذلك على ان البنا والنقض يجري مجرى الصفات ام مجرى الاعيان
وفيه جوابان فان جعلناه بمنزلة الصفات اخذ الشقص بكل الثمن ان شاء وان قلنا بمنزلة
الاعيان وهو ظاهر المذهب اخذ الشقص بحصته من الثمن كالشقص والسيف وان كان
النقض تالفا فيما فضل له اخذ الشقص بكل الثمن وقد ذكرناها واصلها وما ذكره من ثبوت
الخيار عند عدم سقوط شي لم يخالف فيه احد ـــــ وان كان في الشقص نخل فاثمرت في يد
المشتري ولم يوبر اخذت الثمرة مع الاصل في احد القولين كالحمل في البيع قال في القول الاخر
لان الشفيع يأخذ بالشفعة ما ملكه المشتري من جهة البايع بالثمن والثمرة ليست كذلك
وهذا الخلاف حكاه القاضي ابو الطيب في تعليقه وجعلهما مبنيين على القولين في الفلس اذا اطلعت
النخل المبيعة في يده ولم يوبر فرجع البايع في النخل فهل تكون الثمرة له ام لا واختار ابن الصباغ والماوردي
والقاضي الحسين حكوا الخلاف قولين كالقولين وقال في المهذب والبحر ان الاول هو القديم والثاني
هو الجديد وكلام الرافعي يقتضي ترجيح الاول فانه قال وقد ذكر جماعة من العراقيين انه القديم وفي مقابلة
هو الجديد وعلى هذا فالمسلة مما يجاب فيها على القديم فا ـــــ وان كان للشقص شفعاء
اخذ على قدر الحصص في احد القولين لانه حق مستحق بسبب الملك فيقسط عند الاشتراك
على قدر الاملاك كاجرة الدار وثمرة البستان وهذا هو الاصح عند بعضهم يروى عن الجديد وبعضهم
عن القديم وعلى عدد الرؤوس في الاخر لان سبب الملك ثبوت الشفعة اصل الشركة بدليل
اخذ الشريك الواحد الجميع عند الانفراد قل نصيبه او كثر فاستويا في اصل الشركة
سواء وهذا ما اختاره المزني واستدل له ايضا بان العبد الواحد اذا كان لثلثة
على التفاوت فاعتق اثنان نصيبهما وهما موسران في وقت واحد فانهما يغرمان نصيب الثالث
بالسوية فكذلك هاهنا وهذا ما قال بعضهم انه منصوص عليه في القديم وبعضهم انه منصوص عليه
في الجديد كما ستعرفه وبنى القاضي الحسين القولين على اصل ثم على اصل احدهما ان العلة الموجبة
للاخذ بالشفعة ما يلحقه من مؤنة القسمة بسبب الدخيل والاحتياج الى افراد المرافق اذا
ملك هذا كما حكيناه من قبل انه مختار للشافعي ابنى على ان مؤنة القسام تقسم على عدد
الانصبا او على عدد الرؤوس وفيه قولان اظهرهما الاول قال كان معه فالدليل عليه ان القسام

يستحقون الأجر بسبب العمل وعمله لصاحب الكثير اكثر من صاحب اليسير وهذا بعيد ان
الأجرة تقسم على قدر الأملاك والغنم في مقابلة الغرم ولما كان الغرم عليه اكثر كان
الغنم له اكثر واجاب الأصحاب عن الدليل الأول للقول الثاني بان الاستقلال بالشيء
عند الانفراد لا يلزم منه التساوي عند الاجتماع مع التفاوت بدليل ما لو كان لرجل دابتان
على شخص ولآخر عليه دابة ومات المدين وماله دابة فان صاحب الدابة يأخذ الملك من الدابة
المخلفة والآخر يأخذها مع ان صاحب الدابة لو انفرد لأخذ جملة الدابة وكذلك الفارس والراجل
اذا انفرد احدهما بالحضور عند اخذ المال استحق جميعه ولو حضرا معا اختلفا في الاخذ والاستحقاق
وعن الثاني بانا نمنع الحكم بل انما نعرف حد حصته على نسبة ملكه كما صار اليه بعض الاصحاب وذكر على بعد
التسليم وهو الصحيح في المذهب والفرق ان ذلك من ثمرات الاملاك والنظر فيها الى الملك لا الى حالة
الاملاك والشفعة من فوائد الملك فيتقدر بقدره فان قيل الشريك اي ملك الغير انما
استفيد الملك فوجب ان يقسم على قدر الملك بعين ما ذكرتم فالجواب ان ذلك انما حصل
بعد زوال الملك فلو استفاده بالملك لسقط بزواله كما نقول في الشفعة وهاهنا ذكره الشيخ هنا
فيما اذا وجبت الشفعة للشخص ابتدا اما اذا وجبت له في الدوام بالارث فنبينه قال
وان عفا احدهما او غاب اخذ الآخر جميع المبيع او يترك اي ولا يجوز له اخذ البعض كيلا يتضرر
المشتري بتبعيض الصفقة عليه وذلك في صورة العفو بعينها وفي صورة الغيبة موقوفا لأن
الغائب قد لا يأخذ وهذا هو الأصح وقيل في مسألة العفو يسقط حق الآخر كما لو عفا احد
الورثة عن القصاص وهو ما نسب الى ابن سريج وقيل لا يسقط حق واحد منهما لأن العفو
يجري فيه جانب الثبوت ويظهر ذلك ما ذكرناه في خيار المجلس اذا اسقط احدهما خياره
هل يسقط خيار الآخر وفيه خلاف المسقط وقيل يسقط خيار العافي خاصة وليس للآخر الا
اخذ حصته كما لو عفا صاحبه وليس للمشتري اجبار الشفيع على اخذ الجميع او الترك وهذا فيما اذا
ثبتت الشفعة لهما ابتدا اما اذا ثبتت لهما في الدوام في الارث فسياتي فرع لو قال الحاضر
لا آخذ الشفعة حتى يحضر الغائب فان اخذ بعضه اخذت نصيبي وان ترك اخذت الجموع فهل يكون
ذلك عذرا في التأخير على قول الفورية فيه وجهان احدهما وبه قال ابن ابي هريرة لا واصحهما وبه قال ابن
سريج وابو اسحاق نعم وهو الذي يجب الشيخ ابو حامد وقال في البحر انه الاقيس فرع لو عفا
الشفيع عن الشفعة في صحته فهل للوارث ابطال عفوه ام لا فيه وجهان في البحر واصحهما

الثاني كما لو لم ينقص المبيع قال واذا قدم الغائب اي بعد اخذ الحاضر الجميع اخذ منه
ما يخصه لأنه مستحقه فان خرج الشقص مستحقا رجع الغائب بما دفعه للحاضر من الثمن على
المشتري وهل يرجع به على الحاضر ام الحاضر يرجع على المشتري وهو الاظهر عند العراقي
والرافعي والاول عند العراقيين ارجح وقال في البحر انه الذي قاله اكثر الاصحاب وفي التتمة
ان هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من اجرة المثل وما غرمه من قيمة الشقص
واما الثمن فلا رجوع به الا على قابضه بلا خلاف وما حصل من الزوائد والفوائد بعد اخذ
الاول وقبل اخذ الثاني يستبد به الاول المحدود به عن علمه في اصح الوجهين وجزم في البحر والعلم
فرع لو كان للشقص ثلاثة شفعاء حصصهم متساوية واحدهم حاضر فالحكم في الاخذ والترك
كما ذكرناه فاذا حضر واحد بعد الآخذ كان له اخذ النصف اذا ترك فاذا اخذ النصف ثم قدم
الآخر استرجع من كل واحد منهما ثلث ما اخذه والحكم في الرجوع بالثمن عند استحقاق الشقص
ولمن يكون الزوائد والفوائد الحاصلة بعد اخذ الثاني وقبل اخذ الثالث كما تقدم ولو اراد الذي اخذ
اولا بعد اخذ الحاضر جميع الشقص ان يأخذ الثلث دون رضى الاخذ او لا مقتصرا على ما يحصل له
ذلك فيه وجهان في البحر وغيره احدهما لا كما لو اراد ان يأخذ نصيبه ويدع الباقي واصحهما
نعم كما لو صالحه عليه ولأنه اخذ لا يفرق الاخذ على الاول فان الحاضر نص هذا الخلاف الحاضر
واذا اراد اخذ الثلث فانه يفرق الصفقة على المشتري فعلى هذا اذا حضر الآخر واخذ من الاول
نصف ما في يده ويكمل الشقص فذاك وان اراد ان يأخذ من الثاني ثلث ما في يده وله ذلك
لأنه يقول ما من حق الاول في ثلثه وترك الثاني حقه وهو السدس حتى لم يسقط الاول لا يلزم منه ان يترك
حتى ثم له ان يجيء الى الاول فيقول ضم ما معك الى ما اخذته لنقسم نصفين فانه يساوي في القدر والشقص
وحينئذ يصح القسمة من ثمانية عشر لانا نحتاج الى عدد له ثلث ولثلثه ثلث صحيح واقله تسعة
فحصة الشفعة في الشقص ثلاثة ما بين ثمانية عشر الذي اقتصر على احد الثلاثة منها اربعة ولكل واحد من
الآخرين سبعة هكذا حكاه الرافعي عن الاصحاب والامام نقله عن ابن سريج وهو وجه حكاه
في البحر مع وجه آخر ان الحاضر ليس له الا مقاسمة من بيده الثلث ياخذ منه الثلث كما
لو كان حاضرا عند وجوب الشفعة وقال ابن سريج اخطأ وقال الماوردي عندي الصحيح
غيرهما من الوجهين ان يجعل الشقص تسعة اسهم سهمان لمن اقتصر على اخذ الثلث
في غيبة الآخر وثلثة اسهم للذي حضر آخرا واربعة اسهم للذي اخذ اولا بالشفعة

ووجه ذلك ان الراضي بالثلث لم يصالح على الثلث صار الشقص بينه وبين الاول على ثلثه اسهم
سهم له وسهمان للاخر فقد رضي باسقاط حقه فاذا قدم الغائب رجع على من اخذ الثلث بثلث
ما في يده وهو ثلث سهم لانه يستحق بالثلث فحصل له سهم وبقي في يد الراضي بالثلث ثلثا سهم
وفي يد الاخر الاسهم وثلث فنضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة فيبلغ تسعة اسهم كما
ذكرنا وحكى الامام عن القاضي الحسين ان الثاني بتركه السدس على الاول عاف عن بعض حقه
والشفيع اذا عفى عن بعض حقه سقط جميعه على الظاهر فينبغي ان ياخذ الشقص بين الاول والحاضر
اخر ويسقط حق الراضي بالثلث بالكلية وبذلك يجتمع في المسئلة اربعة اوجه ولو حضر من
الثلاثة عند وجوب الشفعة اثنان واخذ الشقص ثم حضر الغائب واخذ الاخر من غاب
قال ابن الصباغ فان قضى له القاضي على الغائب اخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في
يده وان لم يقض له لانه لا يرى القضاء على الغائب فعند الشيخ ابي حامد فعلى الاول ياخذ
منه الثلث مما في يده وعلى الثاني ياخذ منه سدس ما في يده اذ به يتم نصيبه ويحصل تقسيم
الشقص على ثمانية عشر لانها اقل عدد له نصف ولنصفه ثلث ولنصف سدس قال
وان كان البائع او المشتري اثنين فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهما دون الاخر اما في الاولى
فصورتها اذا كان العقار لثلاثة فباع اثنان نصيبهما للثالث بثمن واحد فللشفيع الاخذ من الواحد
لان عقدها يجري مجرى العقدين المتعددين ولو باع كل منهما نصيبه لشخص واحد بعقد منفرد فكان
له اخذ نصف كل واحد فكذلك في صورة الحالة واما في الثانية فصورتها اذا كان للعقار مالكان
فباع احدهما نصيبه من اثنين صفقة واحدة فللشفيع اخذ نصيب احدهما لما بالمخففة ضرر واشبه
ما لو ملكه بالبيع فباع بستان عن منها باع منه وهذا ما لو وجد في طريق العراق وادعى الفوراني
في المسئلة الاجماع وحكى القاضي الحسين وجها في الاولى وجها انه ليس له الا اخذ الجميع او الترك
فرع لو كان بين ثلاثة عقار او كل احدهم واحدا من الشركاء في بيع نصيبه نصفه وجعل له
اذا اراد ان يبيع الربع مع ذلك نصيبه او بعضه او بعد فباع نصف ما يملكه ونصف ما يملكه موكله
من شخص قال الماوردي فللموكل اخذ نصيب الوكيل وللوكيل اخذ نصيب الموكل ولا يجوز للثالث اخذ
نصيب احدهما دون الاخر لان البائع واحد فاما ان ياخذ الجميع او يدع وما قاله مبني على ان اتحاد
الصفقة وتعددها ينظر بالنسبة الى العاقد وان الوكيل له احدهما باعه وفي كل من ذلك خلاف قد تقدم
في موضعه ونقل الرافعي انه يشفع على احدهما اخذ نصيب صاحبه لانه تفريق الصفقة عليه قال

ان كان المشتري شريكا فالشفعة بينه وبين الاخر على ظاهر المذهب صورة المسئلة ان يكون العقار
بين ثلاثة اثلاثا فيبيع احدهم نصيبه لشريكه فللاخر اخذ السدس منه لا غير لان المشتري
شريك فاذا بعض المشتري فلم يثبت لبعض من الشركاء اخذ جميع الشقص بالشفعة كما لو كان
المشتري اجنبيا واحد الشفيعين حاضرا واخذ الجميع ثم قدم الغائب فانه لا يأخذ من
الحاضر الا حصته والجامع بينهما ان الشراء تمليك كما ان الاخذ بالشفعة تمليك وهذا ما ذكره
المزني وبه قال ابو اسحاق وعامة اصحابنا وحكى الشيخ ابو حامد والقاضي ابو الطيب
والحسين عن ابن سريج انه قال للشريك الاخر اخذ جميع الشقص المشترى لا بالوجه ان
للمشتري ان ياخذ بالشفعة لان ما حدثها من ملك نفسه واما دفع الشريك عن الاخذ عن
نفسه وقال الماوردي انه وجد ابن سريج قائلا بالخلاف وموافقا لاصحابه محتملا اربعة الحال
وعلى هذا لا يلزم على المشتري ان ياخذ حصته وان رضي المشتري باخذ جميع الشقص لان
الشفعة لما وجبت له فقد لا يلزمه الترك منه وليس هذا من تفريق الصفقة بل هو تفريق في
الشفعة وهو لا يسقط فيها وحكى الامام عن الشيخ ابي علي رواية وجه ان الشفيع المشتري
اذا عرض على الشفيع الذي لم يشتر اخذ الجميع فليس له الا اخذ الجميع او الترك قال
وان ورث رجلان دارا عن ابيهما ثم مات احدهما وترك ابنين ثم باع احدهما نصيبه كانت
الشفعة بين الاخ والعم في اصح القولين لانهما شريكان في الدار حالة وجوب الشفعة فكانت الشفعة
بينهما كما لو ملكا بسبب واحد لوجود المعنى الذي لاجله ثبتت الشفعة وهو لحوق الضرر وهذا ما
حكى الامام والقاضي الحسين انه الجديد واطلق والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ انه منصوص في الاملاء
والماوردي انه نص عليه في الجديد وبعض القديم قال والاخ دون العم في القول الاخر
لاشتراكهما في سبب الملك وذلك دليل على قوته وهذا ما نص عليه في القديم كما حكاه الجمهور وقال
الماوردي انه احد قوليه في القديم فعلى هذا لو عفى الاخ عن الشفعة فهل يثبت للعم فيه وجهان
عن ابن سريج احدهما لا لانه لو كان مستحقا لما تقدم عليه غيره والثاني نعم لانه شريك وانما
تقدم الاخ لرتبة بقرابته وقد زال هذا بالعفو واحتج جماعة على المذهب بان لولي الاول القصاص
كان عفى فان لولي المقتول بعد الاول القصاص لزوال المزاحم وعلى الاول فهل يقسم الشفعة
بين الاخ والعم على عدد الرؤوس او على قدر الانصباء فيه طريقان احدهما وهو ما حكاه القاضي
ابو الطيب والماوردي والقاضي الحسين والامام انها على عدد الرؤوس والثاني انه يخرج على القولين انها على قدر

الانصبا والثاني حكاه القاضي حسين مع القطع بالاول انها على قدر الانصبا ولا يتخرج على القولين لان قول القسمة على عدد الروس قول قديم وقول مسا رده العم الاخ قول جديد فلا معنى لبنا الجديد على القديم وهذا الطريق ابداه الامام احتمالا ونازعه الرافعي في دعوى ان قول القسمة على عدد الروس هو القول القديم وقال ان الذي نقله الاكثرون ان القولين في التوزيع وعدمه منصوصان معا في الام والقديم منهما التوزيع على الحصص ولذلك اعترضوا على ابن القاص ومن ابن قول التوزيع في المسئلة مخرجا على ثبوت الشفعة للاخ والعم جميعا بان الشفعة انما تثبت للاخ في الجديد وفي الجديد التوزيع على عدد الروس فلا يجي الاقوالان المخصص بالاخ الشفعة بينهما فلــــــــا وطريق جواب المعترض على من ابنى قول التوزيع على قدر الانصبا او على عدد الروس في هذه المسئلة مع التفريع على ان الاخ والعم مشتركان يوجد مما حكي عن الماوردي ان قول الشريك من الاخ والعم هو الجديد واحد قولي القديم وان من قال بالقسم على عدد الروس فهذا الامام وغيره اذ هذا مقتضاه او على الجديد ان كان يعتقد الجديد ان الجديد التوزيع على قدر الانصبا كما حكاه الامام او موهقتضاه او على احد قولي القديم ان كان يعتقد ان القديم التوزيع على قدر الانصبا واعلم ان القولين الذي حكاهما الشيخ جاريان لكل من ملك فيها اسبابا معصا من دار لنفسه او وهبه منه او اوصى له به فصلا ام باع احد الاسباب نصيبه من ذلك فهل الشفعة لمن شاركه في السبب خاصه ام لا او لبقيه الشركا فيه القولان ولو مات مالك الدار وخلف بنتين واختين ثم باعت احدى الاختين نصيبها فعلى القديم الى حصن به الاخت او شتركه انها القولان فيه وحكي عن ابن سريج اظهرهما الثاني لان سبب ملكهن واحد وهو الارث وانما الاختلاف في مقادير الملك فرع مات شخص وخلف ثلاث بنين وخلف اربعة ثم مات احدهم وخلف ابنين فباع احد العمين نصيبه فهل يكون للعم الاخر احق به ام يشاركه ولدا اخيه قال ابن سريج يحتمل وجهين احدهما انه له ملك فمسئلة الكتاب تفريعا على القديم والثاني انهم يشاركونه والفرق انهما قوم ابنا الميت مقام ابيهم لانهم خلفوه في الملك ولهذا لو كان ابوهم باقيا شارك اخاه في الشفعة فكذلك ولداه وفي مسئلة الكتاب البائع ابن اخيهما وبها لا يقومان مقام اخيهما وانما يقومان مقام ابيهما لداخله ابن الصباغ قال ـــــــــــــــ وان تصرف المشتري في الشقص بالغراس والبنا

فالشفيع

والشفيع مخير بين ان ياخذ ذلك بقيمته والشقص بالثمن وبين ان يقلع ويضمن له ارش النقص لان البنا والغراس موضوع بحق وقلعه مجانا يضر بصاحبه واذا ابقى لصاحبه والشفيع فيتخير ماذكرنا طلبها لدفع الضرر عنهما بقدر الامكان وهذا ما اتفق العراقيون على ذكره هنا ونصوا التخيير بين التملك بالقيمة او القلع مع غرامة النقص او ترك الشفعة وزاد في الحاوي فقال لو قال الشفيع انا اقر بناه في الارض باجرة لا من احد بما اقتضى مطوع بضمه لا يلزمه قبوله والثاني اجرة بنايه في عمر ملك قد يلحقه فيه ضرر وهذا يدل على انه لو طلب الشفعة باجرة لاحدث البها من طرق الاولى وفق ما تقدم في باب العارية ان المعير للبنا والغراس مخير بعد رجوعه في بداية امساك الشفعة باجرة احدها وقد صرح الامام والقاضي الحسين والرافعي بجريان مثل ذلك هنا وما ذكرناه من قضية التخيير يجري هنا واذا اختار المشتري هنا قلع بنائه وغراسه وانتقل ذلك نقصا في الارض لا يلزمه التسوية ولا يسقط بسببه عن الشفيع شي من الثمن بل هو مخير بين ان يرضى بها بذلك بكل الثمن او يترك صرح به القاضي ابو الطيب وغيره ولو تصرف المشتري في الشقص بالزرع فحكمه حكم المستعير في التبقية الى اوان الحصاد ولا يجب عليه هنا اجرة على الاصح وبه جزم القاضي حسين وغيره بخلاف المستعير فان الاصح وجوب الاجرة عليه وقد حكى الامام في كلام صاحب التقريب ما يدل على جريان مثله في حق المشتري ثم قال وهو عندي بعيد في القياس وان كان بعيدا في الحكاية وقد صرح به المتولي فان قيل الشفعة انما تثبت على المدخل في الملك المشاع حالة البيع وغرس المشتري وبناء وان كان بعد المقاسمة فهي مبطلة للشفعة اذ التفريع انها على الفور والتاخير للتدخل بالبيع وان كان قبل المقاسمة باذن الشفيع فكذلك الحكم وان كان بغير اذنه فالمشتري غير ظالم فيقطع بناؤه وغراسه مجانا وحينئذ فالمخلص احد امرين اما القلع مجانا او لا شفعة فما وجه ما ذكرتموه قيل المسئلة مصورة بما اذا حصلت مقاسمة بعد الشرا ومع ذلك لا تبطل الشفعة وذكر لذلك صور منها ما نسوقه ـــــــ اذا قيل للمشتري انه اشتري بثمن كثير فعفى ثم قاسم ثم ظهر ان الثمن قليل فان شفعته باقية ومنها ـــــــ اذا اظهر المشتري انه اتهب الشقص فقاسمه الشفيع ثم تبين له انه اشتراه فالشفعة باقية ومنها ـــــــ اذا كان الشفيع غائبا في القسمة وقبل فقاسم الوكيل المشتري او لو كان على شفعته ومنها ـــــــ اذا كان الشفيع غائبا فرفع المشتري الامر الى الحاكم وطلب منه القسمة

فقاسمه ثم حضر الشفيع فانه على شفعته وللامام وقفة في جواز مقاسمة الحاكم مع علمه بثبوت الشفعة
للغائب والمشهور الاجابة ومنها اذا وكل المشتري البائع في المقاسمة فقاسمه الشفيع
ظانا انه قاسم لنفسه فان شفعته لا تبطل ومنها اذا كان الشرا بثمن مؤجل ولم يرغب
الشفيع في الاخذ بثمن حال فجا المشتري وطلب القسمة من الشفيع وقاسمه ثم حل الاجل
كان له الاخذ بالشفعة كما صرح به القاضي الحسين في تعليقه لانه كان معذورا ثم قال وهذه
المسائل لم يختلف اصحابنا في ثبوت الشفعة فيها وفيه اشكال من حيث ان القسمة تمنع ثبوت
الشفعة عند عدم الملك فلو زال ملكه ولم يبع الشريك نصيبه ثم علم فهل له الشفعة ام لا
فعلى وجهين ويمكن ان يقال هاهنا ايضا في وجه لا شفعة له قال الا انه خلاف النص وفي التتمة
استناد الى حصول ما ابداه القاضي طريقا حيث قال يحتمل ان العقد والقسمة صحيحة وعلى احد
الطريقين لا يبطل الشفعة واعلم ان الحيلي ذكر من جملة الصور ما اذا اظهر المشتري ان الشرا
هو بيسير ثم ظهر انه اشترى بكثير بعد المقاسمة وما اذا كانت دار بين ثلاثة فاستاجر
احدهم نصيب احد شريكيه واشترى الاخر ثم بنا وغرس وما قاله فيه نظر اما الاول فلان
المقاسمة انما وقعت على ما ظهر فهي مقاسمة على بعض الحق فلا يحصل المقصود وان وقعت على كل
الحصة فقد اطلع الشفيع عليها وذلك يسقط شفعته واما الثاني فان اراد ان مسئلة الكتاب
تصور بما ذكر فليس الامر كذلك لان المشتري شريك وبناؤه وغراسه محترم وقد ذكر في
باب العارية ان الشريك اذا استعار حصة شريكه للبنا والغراس ثم رجع الشريك
البنا والغراس لم يسقط حقه في الشفعة باجرة ولا يتمكن من التملك والقلع ويشبه ان
يكون هاهنا كذلك وان اراد تصوير مسئلة مما لا تعلق لها بالكتاب فهذا صحيح فرع لو كان
للشقص شفيعان فغاب احدهما واخذ الاخر الجميع ثم قاسمه وغرس بالطريق المشروع
ثم حضر الغائب واخذ حصته بالشفعة فهل يقلع بنا الشفيع الاخذ ولا مجانا ام
لا المذهب لا وفيه وجه نعم قال المتولي واصل الخلاف ان الشفيع الثاني يرجع على الاول
بالعهدة ام على المشتري فان قلنا بالاول فان حكمه معه كحكم الاول مع المشتري
وليس له القلع مجانا وان قلنا بالثاني فقد جعلنا ملكه كالمعدوم قال وان وهب
اي هبة لا ثواب فيها او وقف فله ان يفسخ ويأخذ لان استحقاقه سابق لتصرف المشتري
والحكم متعدد وقال السنجي ان ذلك اجماع وحكى الرافعي عن ابي اسحاق ان تصرف المشتري

ليس

ليس باطلا من اساسه وبنا به فلا ينقض ولان بعضهم اجراه على عمومه وحكى القاضي ابو
الطيب في المجرد عن الماسرجسي ان تصرف المشتري بالوقف لا ينقض وينقض ما
عداه والمذهب الاول والفرق بين الغراس والبنا ونقض التصرفات ما قاله القاضي
الحسين ان الشفيع لا يتوصل الى اخذ حقه بالعقد الاول من غير نقضها فلا ضرورة به
الى النقض بخلاف [illegible] احداث المشتري بان للشفيع الفسخ يدل على صحة التصرف من
المشتري قبل الاخذ بالشفعة كما صرح به غيره واستدل به ان التصرف صادف ملكه
وحق تملك الشفيع لا يمنع من التصرف كما ان حق تملك الواهب بالرجوع لا يمنع تصرف
المتهب وفي التتمة حكاية وجه عن ابن سريج ان تصرفات المشتري باطلة لان للشفيع
حقا لا سبيل الى ابطاله فاشبه حق المرتهن وهذا اعم مما حكيناه من قبل عن القفال
ووالده صاحب التقريب اما لو كانت الهبة تقتضي ثوابا او شرط فيها عوضا معلوما
وصححناها فهي بيع وسنذكره قال وان باع فله ان يفسخ ويأخذ اي يفسخ البيع
الثاني ويأخذ من المشتري الاول بما اشترى لما ذكرناه وله ان يأخذ من المشتري الثاني
بما اشتراه لوجود سبب الاخذ منه وهو الشرا وهذا حكم ما لو اصدق المشتري
الاول الشقص او جعله عوضا في خلع او صلح عليه ونحو ذلك وقيل ليس للشفيع ابطال
البيع الثاني لامكان اخذه من المشتري الثاني وهذا ما حمل بعضهم كلام ابي اسحاق
المروزي عليه وقد روى الحاجب ابو علي عن ابي اسحاق انه لا يأخذ من الاول والا من الثاني لان تصرف
المشتري اذا كان مبطلا للشفعة لا يكون مبطلا لها كما اذا احرم بالصلاة ثم شك فجدد نيته
وتكبيرا لا ينعقد به الصلاة لانه يحصل بها النقل ولا يحصل بها العقد قال ويمكن ان يبنى الوجهان
على القولين فيما اذا اعتقت الامة تحت عبد فطلقها قبل ان تختار هل ينفذ الطلاق ام لا
وجه الشبه ان الطلاق يبطل حقها في الفسخ ولم يتسلط عليه كما ذكرنا ان الشفيع
من منع ابطال البنا لان في الطلاق حصل احد مقصوديها وهو ازالة قيد النكاح فاغتفر
تضييع الاخرى وهي السلطنة الثابتة لها وهاهنا لم يحصل للشفيع بالبيع الثاني غرض
بل حدث له ضرر اخر فرع لو باع احد الشريكين نصف نصيبه من شخص ثم لم يطلع
الشريك عليه حتى باع البائع باقي حصته من اخر كان للشريك الذي لم يبع اخذ اي النصفين
شاء واخذ المجموع فان اخذ احدهما فذاك وان اخذ الاول وعفا عن الثاني استقل به

ان عفي عن الاول واخذ الثاني شارك المشتري للنصف الاول في النصف الثاني هكذا
ذكره وحكى القاضي الحسين وغيره فيما اذا اخذ الاول ان للماخوذ منه ان يشاركه في النصف
الثاني على وجه ليستوي ملكهما حالة البيع الثاني فرع اذا اجر المشتري الشقص او رهنه
فله نقض ذلك على المذهب فلو اراد ان يؤخر الاخذ الى حين انفكاك الرهن وانقضاء الاجارة
بطل حقه لقدرته على الاخذ في الحال ونقض التصرف قال وان قايل البائع فله
ان يفسخ ويأخذ لما ذكرناه وهذا اذا قلنا ان الاقالة فسخ اما اذا قلنا انها بيع فهو كالبيع
مع وحكى القاضي الحسين عن الاول انه يتعين على الشفيع تعينها لا يتعين عليه الرد بالعيب
مع وجه قال وان رد عليه اي رد البائع الثمن المعين بالعيب فقد قيل له ان يفسخ ويأخذ
لما ذكرناه فهل هذا فسخ البائع العقد لا يرتفع واما الشفيع باخذ الشقص ويرجع
البائع على المشتري بقيمة الشقص وقال الماوردي اولى ما قال مردود عقد البيع او نقض
المشتري والشفيع هل يأخذ بالثمن الاول ام بقيمة الشقص فيه وجهان يتعلق الى الطيب
وغيره قال وقيل ليس له لان الشفعة جعلت لدفع الضرر عن الشفيع فلا يزال
ضرره بادخال الضرر على البائع ولهذا الخلاف يتفرع على قولنا ان البائع لو لم يرد واخذ
هو الشفيع واراد البائع الرد فللشفيع الاخذ لان الشفيع مجاب اما اذا قلنا
ان البائع هو المجاب فهو المختار في المرشد فبعد الرد ليس للشفيع الاخذ وجها واحدا
وقد حكى الامام في حالة ازدحامهما على الاخذ طريقة جازمة بتقديم البائع ولو اطلع البائع
على عيب في الثمن بعد اخذ الشفيع فله الرد لانه لا يملك نقض ملك الشفيع وعن صاحب
التقريب رواية قول ان المشتري يسترد الشقص من الشفيع ويرد ما اخذ منه ويسلم
الشقص الى البائع لان الشفيع نازل منزلة المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه
كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه وعلى الاول للبائع اخذ قيمة الشقص من
المشتري فان كانت مثل الثمن فذاك وان كانت اقل او اكثر ففي رجوع من بذل
الزيادة من المشتري والشفيع على صاحبه وجهان ظاهرهما عدم الرجوع ولو
عاد الشقص الى ملك المشتري بعد ما غرم القيمة فلا يملك البائع اجباره على رد عينه
ولا يملك المشتري اجبار البائع على قبوله ورد ما اخذ منه كذا حكاه المهذب وفي التتمة
جوابه وخرج ذلك على ما لو خرج المبيع من ملك المشتري ثم عاد اليه ثم اطلع البائع
على

على عيب بالثمن المعين هل يسترجعه ام لا هذا حكم البائع اذا اطلع على عيب بالثمن اما لو اطلع
المشتري على عيب بالشقص واراد رده واراد الشفيع اخذه فمن المجاب فيه
القولان او الوجهان والاصح منهما عند الاكثرين وبه جزم القاضي ابو الطيب ان المجاب
الشفيع ولو لم يطلع الشفيع على البيع حتى رد المشتري الشقص فان قلنا عند
التزاحم المشتري هو المجاب فليس للشفيع النقض وهو ما جزم به القاضي ابو الطيب والبندنيجي
ايضا وهذه الحالة هي التي صور الجيلي مسألة الكتاب بها والذي صور الكتاب به ابن الخل وابن يونس
ما ذكرته وهو الاولى فان المسألة في المهذب وغيره من العراقيين الذين وقفنا على كلامهم
لم يحكوا في هذه المسألة خلافا بل الموجود فيها ما حكيته عن البندنيجي وغيره فرع
لو كان ثمن الشقص عبدا فقبض المشتري الشقص وتلف العبد قبل ان يقبضه
البائع وقبل اخذ الشفيع الشقص بطل البيع والشفعة عندنا من الصباغ وغيره
وهو في المهذب كذلك على وجه وعلى وجه للشفيع الاخذ بالشفعة ويدفع المشتري
للبائع القيمة والشفيع للمشتري القيمة قال وان تحالفا على الثمن وله ان ياخذ بما
حلف عليه البائع لان اقرار البائع بالبيع تضمن حقا للمشتري وهو حصول الملك له بالثمن
وحق الشفيع وهو استحقاقه اخذ الشقص بالثمن فاذا بطل حق المشتري بالتحالف لم يبطل
حق الشفيع بالتوافق لانه ليس بحق مختص باحدهما وهو دون الاخر ولا فرق في ذلك بين ان نقول
العقد ينفسخ بنفس التحالف او لا ينفسخ الا بفسخ الحاكم قال ابن الصباغ لان حقه قد
ثبت بالعقد فلا يسقط باختلافهما وعلى ذلك جرى القاضي الحسين وصاحب البحر وقال الامام
بين ان نقول ينفسخ في الظاهر والباطن او في الظاهر فقط وفي الحاوي انا اذا قلنا ينفسخ
العقد بنفس التحالف او كان الاختلاف في عين الثمن بان قال البائع بعتك بهذا الثمن
وقال المشتري بل بهذا العبد فليس للشفيع الاخذ لبطلان البائع في الاولى
وعدم قبول المشتري في مدعى الثمن الذي ادعاه البائع في الثانية وحكى الرافعي فيما اذا
طلب الشفيع الاخذ بعد فسخهما بسبب التحالف هل له فسخ ذلك والاخذ ام لا فيه
الخلاف المذكور فيما اذا اراد الاخذ بعد رد الشقص بالعيب وهو ما قاله في الابانة
وجرى القاضي ابو الطيب على مقتضى قوله في مسألة رد الشقص بالعيب وقال له نقضهما
رد الفسخ والاخذ فرع اذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري بعد اخذ

الشفيع الشقص بما ادعاه البائع من الثمن وليس للمشتري ان يرجع بالزائد على الشفيع انا من
غرمه لانه لا يدعيه ولو تعذر تغريم المشتري له لغيبته او عسره فهل يستحق البائع اخذه من
الشفيع ام لا فيه وجهان في الحاوي وهل للبائع ان يدعي على الشفيع ابتدا في هاتين الحالتين
ويحلفه فيه وجهان بنا على الوجهين السابقين وقد اطلق الرافعي القول بسماع دعوى الشفيع
للبائع ودفع سماعه للمشتري لانه متهم في مطالبة الثمن ولعله يريد ما بعد الاخذ بالشفعة
كما ذكرناه اما لو كان قبل الاخذ فقد يتطرق اليه تهمة امتناع جريان التحالف المفضي الى ابطال
الشفعة على راي قال وان انكر المشتري الشرا وادعاه البائع اي وان لم يقبض
الثمن اخذ من البائع لاقراره بحق المشتري والشفيع وقد بطل حق المشتري بالجحود
فيثبت حق الشفيع لتصديقه وهذا ما جزم به الماوردي وبه قال عامة الاصحاب كما حكاه القاضي
ابو الطيب وقال الامام انه قول المزني وهو الاصح قال و... دفع اليه الثمن لانه به
يثبت الشقص من البائع قال وعهدته عليه لانه منه اخذ واليه دفع الثمن وفي الشامل وتعليق
القاضي ابي الطيب ان البائع ان اختار ان يترك مخاصمة المشتري ويدفع الشقص الى الشفيع ويأخذ
منه الثمن فله ذلك واذا دفع الشقص واخذ الثمن كانت عهدة الشفيع عليه وان اختار
مطالبة المشتري فهل له ذلك فيه وجهان احدهما لا لانه يحصل له المقصود من جهة الشفيع
فلا حاجة الى خصومة المشتري والثاني له ذلك لانه ربما كان له غرض لكون المشتري
اسهل من الشفيع واسهل معاملة وماله ابعد من الشبهة فعلى هذا ان حلف المشتري اخذ
البائع الثمن من الشفيع وكانت عهدته عليه وان نكل حلف البائع وسلم الشقص الى
المشتري واخذ منه الثمن وكانت عهدة الشفيع عليه انتهى وقد رفع حاصل ما
قاله الى انه يفعل على وجه اخذ الثمن من الشفيع وتكون عهدته على البائع كما ذكره
المصنف وعلى وجه يقال للبائع هل تريد ان تخاصم وان قال لا نسوفي دفع الثمن حتى
يثبت له اي شي يظهر فان ثبت البيع دفع الثمن الى المشتري ويرجع بالعهدة عليه
والا فالحكم كما قلناه وقد حكى هذا القاضي الحسين مع وجه ثالث عن ابن سريج ان القاضي
ينصب من يقبض الثمن للمشتري من الشفيع ويدفعه للبائع واذا خرج الشقص
مستحقا رجع الشفيع بالعهدة على المشتري وهل يرجع على امين القاضي فيه وجهان
ومسئلة الشريط بها اخر فقال اذا قلنا باخذ الشفيع الشقص من البائع فهل للبائع

مخاصمة

مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن فيه وجهان فان قلنا نعم فان حلف المشتري فلا
شي عليه وان نكل حلف البائع واخذ الثمن من المشتري وكانت عهدته عليه وما اخذه
من الشفيع يترك في يده ام يوخذ ويوقف فيه وجهان قال وقيل لا ياخذ لان
الشفعة فرع للشرى فاذا لم يثبت الاصل لم يثبت الفرع وصار هذا كما لو اقر احد الابنين
بنسب اخ وانكره الاخر فان النسب لما لم يثبت لم يثبت فرعه وهو الارث وهذا ما
قال البندنيجي انه ظاهر كلام الشافعي ويحكى عن ابن سريج والقايلون بالاول فرقوا بين
ما نحن فيه وبين النسب بان النسب مشترك بينه وبين غيره فاذا لم يثبت في حقه لم يثبت
ما عليه وههنا فيثبت وهو الثمن حجة عليه كما حكاه ابن الصباغ قال
وان قال البائع اخذت الثمن لم ياخذ الشفيع على ظاهر المذهب لانه لا سبيل الى دفع
الثمن الى البائع لاقراره بقبضه ولا الى المشتري وبهذا قال ابن سريج وابو اسحق وابن ابي هريرة بيع
وقيل ياخذ والشفيع على هذا مخاصمة المشتري في الشفعة واحلافه على انكار الشرا
لما تقدم وهو الاظهر في الرافعي وبه قال اكثر من اصحابنا كما حكاه الماوردي والثمن يبقى في
ذمة الشفيع او ياخذه الحاكم ليحفظه الى ان يدعيه صاحبه او يقال للمشتري عند طلب
الشفيع اما ان تقبضه او تبري منه او يوخذ من الشفيع ويدفع الى البائع ويسلم الشقص
لهما اقر بقبضه لكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال فيه اربعة اوجه
حكاه الماوردي ولا يخفى ان محل هذا الخلاف اذا قلنا في المسئلة انه ياخذ اما اذا
قلنا في الاولى لا ياخذ فههنا اولى قال ... لو كان المشتري غايبا حين اقر البائع بالبيع
منه وطلب الشفيع قال القاضي الحسين فمثل الكلام في مسئلة الكتاب بسنين وقال
ان الحكم كما لو كان حاضرا وانكر الشرا قال وان ادعى المشتري الشرا والشقص
في يد والبائع غايب فقد قيل يأخذ لانه اقر له بحق بما في يده فلزمه الوفا به وهذا هو
الاظهر وقال الامام الوجه القطع به فعلى هذا يكتب الى ... ذلك في السجل واذا
حضر الشريك فان صدقه في دعواه الشرا فذاك وان انكر انتزع الشقص من
الشفيع وقيل لا ياخذ لانه اقر بالملك لغايب ثم ادعى انتقاله فلم يقبل قوله
فعلى هذا يكتب الحاكم الى حاكم البلد الذي فيه الشريك ليسال عن ذلك ويقال للمدعي
بل العين ان كنت صادقا في الشرا فسلم للشفيع وكذا قال القاضي ابو الطيب وحكى

الامام ان صاحب اليد لو سلم الشقص طوعا الى الشفيع فيه جوابان احدهما وبه
قطع صاحب التهذيب انا لا نعترض لهذا والثاني وهو الذي قطع به العراقيون انه لا يجوز
وما ذكره الشيخ من الخلاف قال الامام انه تردد حكي عن ابن سريج وهو مخصوص بالشفعة
ولم يصر احد الى ان الذي بيده يدعي الشرا ولا يحتمل ان يكون في هذا خلاف فان الايدي
نراها تتبدل ولا نعترض لها ثم لا نعترض لاصحاب الايدي فكذلك لا نعترض لاشفاعهم
فيما في ايديهم وهذا اصل مجمع عليه والخلاف الذي ذكره الشيخ يجري فيما لو ادعى حاضر انه وكيل
عن الغائب في البيع وباع حصة الغائب وسلمت الى المشتري فما حكاه البندنيجي وقال ان
للشريك على قوله بجواز الاخذ اذا حضر وانكر التوكيل طلب الشفيع باجرة الشقص
ويرجع بها الشفيع على الوكيل على وجه ويجري الخلاف الذي حكاه الشيخ ايضا فيما لو اراد صاحب
اليد الذي ادعى الشرا من غائب ان يتصرف فيما في يده ببيع او هبة او رهن او تصرف مسقط
حق الملك فيما حكاه الامام [illegible] ولو لم يتعرض صاحب اليد الشقص الى ذكر الشرا بل
قال هو ملكي بسبب هبة او ارث فلا شفعة لك فيه وادعى الشفيع عليه الشرا فالقول
قول من في يده العين وان كان للشفيع بينة عمل بها وما هذه اليمين فيه الثلاثة اوجه
السابقة فان لم يكن بينة وله تحليفه فان حلف فذاك وكان [illegible] ان يخرج تحليفه على
انه لو اقر هل يؤخذ منه ام لا فان قلنا عند اقراره لا يؤخذ فلا فائدة في التحليف وان نكل حلف
الشفيع انه اشتراه وهل يحتاج ان يقول في يمينه انه يستحق الشفعة فيه وجهان في الحاوي
والمذكور منهما في تعليق ابي الطيب اللزوم ثم اذا حلف كما ذكرنا حكم له بالشفعة وفي الثمن
الاوجه ولو قال من في يده العين انا وكيل لمالكها الغائب ولم اتمكن املكها فالقول قوله
فان نكل حلف الشفيع وحكم له بالشفعة قال الماوردي ولا يتمكن ذلك حكما على الغائب
بل على المالك [illegible] في الثمن وجهان احدهما يقبض من الشفيع
ويوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب والثاني يترك في ذمة الشفيع الى قدوم
الغائب ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي الى استهلاكه فان عدم منع
من بيعه وهل يوجد كفيل فيما حصل عليه فيه وجهان ولو اعترف من في يده الشقص
بالشرا للغير نظر ان كان حاضرا استدعاه الحاكم وان صدقه كانت الشفعة
عليه وان كذبه حكم بالشرا لمن هو في يده واخذ منه بالشفعة وان ادعاه الغائب

احذ

احذ الحاكم منه ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم قال ابن الصباغ لانا
لو اوقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لادى ذلك الى اسقاط الشفعة لان كل من يريد
[illegible] يدعي انه اشتراه لغائب ولو قال اشتريته لابني الطفل او الطفل له عليه ولاية
ففيه وجهان احدهما ان الشفعة لا تثبت لان الملك ثبت للطفل ولا تجب باقرار الولي
عليه والثاني تثبت لانه يملك الشرا له فصح اقراره فيه كما يصح في حق نفسه قال
واذا اخذ الشفيع الشقص لم يكن له ان يرده بالعيب اما اذا رده بالعيب فلما في
الانفكاك من الضرر واما عدم رده اذا كان في مجلس الاخذ فلانه ازاله ملك لدفع
الضرر فلم يثبت فيه الخيار كالرد بالعيب وهذا ما صار اليه ابن سريج وقيل له ان
يرده بخيار المجلس لانه يملك مالا بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع وهذا ما نص عليه
في اختلاف العراقيين كما حكاه ابن الصباغ وقد حكى القاضي ابو الطيب في التعليق هذا
الخلاف ايضا في انه اذا عفا عن الاخذ صريحا فهل له ان يعود الى الطلب في المجلس
ام لا وهو في المهذب ايضا وحكى البندنيجي ما حكاه القاضي من الخلاف مرتبا على قولنا
ان خيار الشفيع في الطلب [illegible] يمتد الى مفارقة المجلس ونسب الاول الى ابن
سريج والثاني الى نصه في اختلاف العراقيين وعلى هذا لو فارق المشتري المجلس بطل
[illegible] الشفيع فتئي انقطاعه وجهان في النهاية قال وان مات الشفيع
انتقل حقه الى الورثة اي مات قبل العلم بالشفعة ووجهه عموم قوله صلى الله عليه وسلم
من خلف حقا فلورثته ولانه حق لازم مالي فانتقل الى الورثة كالرد بالعيب لكن هل يثبت
لهم على قدر انصبائهم او عدد رؤوسهم فيه طريقان اظهرهما انه على قدر الانصبا وقال
البندنيجي انها الذي عليها شيوخ اصحابنا ابو العباس وابو اسحاق وغيرهما والثانية
في المسالة قولان كما سبق وهذه الطريقة مع الاولى مبنيتان على ان الورثة ما حووا
لانفسهم ابتداء او يتلقون عن الموروث وفيه خلاف فالاولى مبنية على الوجه الاول
والثانية مبنية على الوجه الثاني والطريقة الثالثة القطع بانها على عدد الرؤوس
لان الموروث من الشفيع حق تملك لا الشقص ومجرد الحق قد يستوي فيه [illegible]
الورثة كحد القذف قال فان عفا بعضهم اخذ الاخر الجميع او يدع لانا
شفعة [illegible] فاذا عفا احدهما عن حقه فان للاخر اخذ الجميع او الترك كالشريكين

وهذا ما قال الشيخ انه المذهب وعلى مقتضى هذه المقالة تجى الاوجه السابقة المجموعة من
الطريقين ومجموعها اربعة اوجه وقيل ان عفوا احدهما لعفو المورث عن بعض حقه فيجي في
المسئلة ثلاثة اوجه ويعنى الخلاف مبنى على الاصل الذى ذكرناه من انهم يأخذون للمورث
ام لانفسهم — فرع لو كان من جملة الورثة حمل فليس لوليه الاخذ لانه لا يتحقق ملكه قاله
ابن الصباغ وغيره فلو اخذ لم يظهر حيا فيصح ذلك الاخذ على احد الوجهين كما حكاه العمرانى
في الزوائد في الوصية والرافعي هنا حكى في جواز الاخذ في حالة الاجتنان وجهين — قال
وان اختلف الشفيع والمشترى في قدر الثمن اى بان قال المشترى هو الف وقال الشفيع
بل خمس مائة او نايب عنها وقال المصرى قيمته الف وقال الشفيع خمسمائة — قال فالقول قول
المشترى لانه العاقد فكان اعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع منه الا بقوله قال
حلف كان للشفيع ان ياخذ بما قال المشترى او يدع وان نكل حلف الشفيع واخذ بما حلف
عليه قال قيل قد حكم عن المتولى ان الاخذ بالشفعة كالاتلاف بالنسبة الى الحبس ما عرضه
فقيل لا فجعل هنا كذلك حتى يكون القول قول الشفيع كالتلف قيل انما كان القول قول المتلف
لانه يدعى في ذمته شى والمدعى عليه يدعى زيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا التقرير
الشفيع يريد ان ينزع مال الغير ببدل يبذله فلم يلزمه ذلك الا بما يقوله المشترى
فليس للمشترى ان ياخذ المبيع الا بما يقوله البائع كذا وجهه القاضى ابو الطيب
وابن الصباغ والماوردى ذلك وهو ظاهر عند من يقول لا يملك الشقص الا ببدل
الثمن اما اذا قلنا انه قد يملكه بمجرد الاخذ فهو يشبه بما اذا اعتق شركا له في
عبد وهو موسر انه يملك حصة الشريك ويعتق عليه ويلزمه دفع القيمة والحكم
في هذه الصورة اذا وقع الاختلاف في القيمة ان القول قول المعتق مستدلا بان الاصل
براءة ذمته من القدر الزائد ووجه الشبه فيه العتق والشفيع على تملك مال
الآخر بغير هذا المتنازع فيه قهرا وطريق الجواب ان يقال الاختلاف في مسئلتنا
وقع في امر خل الوجود [illegible] هذا المتنازع فيه فكان المرجع فيه اليه لانه اعرف
والاختلاف في قيمة المعتق اختلاف في امر مظنون لكل من المختلفين فلم يكن احدهما اولى
من الآخر ورجح جانب المعتق ببراءة ذمته من القدر الزائد والله اعلم فان قيل لم
لا يتحالفان كالمتبايعين قيل لان كل من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا وهو
يحالف

في الشفعة الشفيع مدع وحده دون المشترى بدليل [illegible] المشترى ابتدا
واذا كان كذلك جعل القول قول المشترى لتفرده بالاعتبار وهذا ما اورده الماوردى
وقيل لان البائع والمشترى اتفقا على وقوع الملك للمشترى وكلا منهما مباشر للعقد
والاحتمال في قولهما على التساوى وقد اتفقا على وقوع الملك للمشترى والشفيع اجنبى عن
العقد فكان تصديق المباشر اولى وقيل لان البائع والمشترى يرجع كل منهما الى شى
بعد التحالف والشفيع لو جوز له التحالف لم يرجع الى شى بعده فلا فائدة في تحليفه وهذا
قول ابى اسحاق ولا خلاف في انه اذا كان لاحدهما بينة عمل بها في تحليفه وهذا قوله
اى اسحاق ولا خلاف انه اذا كان لاحدهما بينة عمل بها ويقبل فيها شاهد ويمين وشاهد
وامرأتان ولا يسمع في ذلك شهادة البائع لا للشفيع ولا للمشترى وهذا جزم العراقيون ولعل
يسمع شهادته اما للشفيع فلانه متهم [illegible] وهذا ما صححه في المهذب واما للمشترى
فلانه يجر بشهادته نفعا من حيث انه اذا قل الثمن قل ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق وهذا ما
حكاه في الابانة والصحيح هو الاول لكونه يشهد على فعل نفسه ولو اقام كل منهما بينة على
ما يدعيه ففي التساقط وعن ابن الحداد حكاه الشيخ ابو حامد ان بينة المشترى اولى كما ان
بينة الداخل اولى من بينة الخارج وان القاضى ابا حامد قال يتعارض البينتان وانه الاصح
فعلى هذا على قول التساقط يكون القول قول المشترى وهو ما صححه في المهذب والزوائد
ابن الصباغ بعضه ايضا وعلى قول الاستعمال بالقرعة وهل يحلف من خرجت قرعته فيه قولان
كذا قال الماوردى وابن الصباغ وغيرهما وفي الرافعي انا على الاستعمال يوقف والقرع — فرع
لو ادعى المشترى ان الثمن الف فقال الشفيع هو دون الالف ولكن لا اعرف قدره [illegible] عنه
فله تحليف المشترى على ان الثمن الف ولو قال للشفيع لا اعلم ان الثمن الف او دونه
تطلب يمين المشترى على انه الف فهل له ذلك فيه وجهان في الحاوى — قال
وان ادعى المشترى الجهل بالثمن اى بان قال اشتريته بالف من الدراهم لا اعرف قدرها او بصبرة من
الحنطة لا اعرف كيلها وقد تلف ذلك وتعذرت معرفته وقال الشفيع بل هو كذا
كان القول قوله لانه لا يمكن صدقه ويحلف على نفى العلم بالثمن فاذا حلف فلا شفعة لان الشفيع
عليه السلام [illegible] قال ابو حامد المروروذى والشيخ الاسفراينى لانه لا يمكن الاخذ
بثمن مجهول — قال وقيل يقال له بين والا جعلناك ناكلا ان ادعى عليه فيقال

في جوابه لا اعلم له قدرا لم يقبل منه هذا اذا لم يحلف الشفيع على مبلغ الثمن واخذ بالشفعة
وهذا قول ابن سريج وابن ابي هريرة وحملا ما نقل عن الشافعي على ما اذا كان الشفيع ايضا
جاهلا بقدر الثمن وقد حكى الماوردي وجهين في صورة جهل الشفيع بالثمن ان له تحليف المشتري انه
لا يعلم قدر الثمن ويسقط الشفعة وعلى الدعوى فيها وجهان احدهما ان دعواه تسمع على
المشتري بانه عالم بالثمن واذا حلف الشفيع على علمه بالثمن حبس المشتري حتى
يبين قدر الثمن واصحهما ان دعواه غير مسموعة على هذا النحو وطريقه دعواه الصحيحة
القاضي حسين وكذا الرافعي عن ابن سريج وغيره ان يعين الشفيع قدرا فان عين قدرا ادعاه على
المشتري اخذه والا حلفه على نفيه فان نكل استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه
وان حلف المشتري زاد وادعى ثانيا وهكذا يفعل الى ان ينكل ويحلف الشفيع والصحيح
القول الاول ويخالف ما لو ادعى على شخص الفا فقال لا اعلم كم تستحق علي فان المدعى
هنا هو المنتقص لا الثمن المجهول وهنا بخلافه والمشتري ليس له الاخذ بالشفعة فكان
ذلك انكارا لولاية الاخذ وعلى هذا الخلاف لو قال نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت
ولزم الشفيع وادعى الروياني ان الماوردي والقفال وافقا ابن سريج وابن ابي هريرة في
هذه الصورة والله اعلم ونختم الباب بفروع تتعلق به اذا باع في مرض موته
شقصا قيمته الفان بالف من اجنبي وليس له غيره ولوارثه شفعة في الشقص ففيما يصنع
خمسة اوجه احدها ان البيع يصح ولا ياخذه الوارث لانا لو اثبتنا لكان المريض متسببا
الى نفع وارثه بالمحاباة والثاني ان البيع يصح وياخذ الشفيع الشقص بالثمن والثالث لا يصح
البيع اصلا لانه لو صح لتقابلت فيه احكام متناقضة والرابع يصح البيع في الجميع وياخذ
الشفيع ما يوازي الثمن منه ويبقى الباقي للمشتري بالمحاباة والخامس لا يصح الا في القدر الموازي
للثمن لانه لو صح في الكل فان اخذ الشفيع وصلت اليه المحاباة وان اخذنا بالذي قدر
المحاباة كان الزاما لجميع الثمن ببعض المبيع وهو خلاف وضع الشفعة وقد قال
في العدة في هذا الوجه ان ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشتري وقال
فيها لو كان المشتري وارثا فلا تصح المحاباة والاصح من هذه الاوجه عند العراقيين
وصاحب الافصاح والاستاذ ابي منصور والامام والبغوي الثاني وعند ابن الصباغ

الاول

الاول وهي تجري فيما اذا لم يجز الورثة عند نفوذ المحاباة الزائدة من الثلث وصححنا البيع في قدر بعض
المحاباة ه اذا شهد شاهدان ان المشتري سلم الشقص المشفوع الى الشفيع وآخران بان
الشفيع سلم الشفعة الى المشتري ففيه اقوال لابن سريج احدها ان البينة بينة من بيده الشقص
والثاني بينة المشتري لاحتمال انه سلم الشقص قبل العلم بالعفو عن الشفعة والاصل بقاء
ملكه والثالث ان بينة الشفيع اولى لان فيها زيادة في الاسراف والحيلة في ابطال
الشفعة بالجوار مباحة قبل البيع وبعده قال السرخسي لا يباح الحيلة في ابطالها للشريك
واما الحيلة في ابطال الشفعة بالمشاركة وشرطها فان كان بعد وجوبها فلا يحل ذلك
لانه حق وجب فلا يجوز السعي في اسقاطه واما قبل وجوبها فاذا فعل من هو الشفيع
فيه قال ابو العباس يكره ذلك فاذا فعل صح وقال ابو حاتم القزويني في كتاب الحيل يباح
وحكاه عنه السرخسي في طرائق الرسلين ادب القضاء مما يدل على المنع فانه قال اذا اراد
احد الشريكين في عقار ان يبيع نصيبه من غير شريكه فلقنه انسان ان يهب بعض نصيبه من
المشتري ويبيع الباقي منه قال وهذا التلقين لا يجوز لان فيه اسقاط حق الشفيع
والمشهور الاول وقد ذكر الاصحاب في ذلك صورا منها ان يبيع الشقص الذي
قيمته مائة بمائتين ثم ياخذ عرضا قيمته مائة عن المائتين وفي هذه الصورة غرر على
المشتري ومنها ان يشتري الشقص بمائة وهو يساوي خمسين ثم يحط عنه
المشتري بعد المجلس خمسين وفيها غرر المشتري فانه قد لا يحط ومنها ان يشتري
عرضا من المشتري بمائة وهو يساوي عشرة ثم يعطيه عن المائة شقصا يساوي مائة
لكن في هذه الصورة غرر البائع فانه يبعد منه العرض ولا يشتري منه بالعين الشقص بما
عليه وذكروا غير ذلك صورا وعندي صورة اخرى وهو ان يستاجر المريد لشراء الشقص
ملك الشريك في الشقص مدة طويلة باجرة يسيرة ثم يشتري الشقص بقيمة مثله فان عقد
الاجارة لا ينفسخ بهذا الشراء على المذهب ولو اراد الشفيع الاخذ لاخذه الزائد
مسلوب المنافع مدة بقائها وهذا انما يستفيد منه الشفيع فقد من المشتري المحرور

باب القراض

القراض بكسر القاف لغة اهل الحجاز وهو مشتق من القرض وهو القطع
يقال قرض الفار الثوب اذا قطعه ومنه المقراض لانه يقطع به ويسمى هذا

العقد بذلك لان المالك قطع للعامل قطعه من ماله يتصرف فيها وقطعه من الربح
وقيل اشتقاقه من المقارضه وهي المساواه والموازنه يقال تقارض الشاعران
اذا ساوى كل منهما صاحبه فيما ينشده من الشعر فسمي هذا العقد به لتساويهما
في قوام العقد بهما فمن هذا المال ومن هذا العمل او لتساويهما في استحقاق الربح واهل
العراق يسمون هذا العقد مضاربه كما يقال معامله ومساقاه وقيل انه مشتق من
الضرب في الارض وهو السفر لان اهل مكه كان يدفع احدهم الى الاخر ماله على ان يخرج
الى الشام واليمن وغيرهما من المواضع يبتغون من فضل الله تعالى بجزء من الربح ولذلك
سمي مضاربه ثم لزم الاسم هذه المعامله سوا خرج او اقام ويقال للمالك من اللفظه
الاولى مقارض بكسر الراء لانه الذي يصرف بالمال ولم يشتقوا للمالك منها اسما في
المضاربه قال بعض اصحابنا قال ان المضارب اسم رب المال وان جماعه من العلما قالت
وهو غلط وحقيقه القراض شرعا عقد يعقد على النقدين ليتصرف فيه بالبيع والشرا
على ان ما يرزقه الله تعالى في ذلك من ربح يكون بين المالك والعامل اما نصفين
او اثلاثا ونحو ذلك كما شرطنا والاصل في مشروعيته من الكتاب قوله تعالى ليس
عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم وفي القراض ابتغا فضل وطلب نما ومن السنه
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجه باموالها الى الشام وانفذت معه خديجه
عبدا يقال له ميسره وروي عن ابن عباس قال كان العباس اذا دفع مالا مضاربه
اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبه
فان فعل فهو ضامن فرفع شرطه الى النبي صلى الله عليه وسلم فاجازه واجمع اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم على جوازه قال القاضي الحسين ولا بد للاجماع من اصل يعتمد عليه
وهو عند بعضهم قياس على المساقاه وان كان مختلفا فيه والجامع ما لا يحب الزكاه
في عينهما ولا يكون الاستيجار عليهما وطلب نماؤهما فلمست الحاجه بجواز المعامله
عليهما ببعض ما يخرج منها كالكروم والنخل وقال الغزالي مستندا جماعهم
انهم الفوا هذه المعامله في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا اعني عن النقل
وقد نقلت فيه اثار روى الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العراقيين ان ابا حنيفه
روى عن حميد بن عبد الله بن عبيد الانصاري عن ابيه عن جده ان عمر رضي الله عنه اعطى

مال

ولعله ملوحا بعجز من العمل التام
ما العامل مضاربا بعد المال

مال يتيم مضاربه فكان يعمل به في العراق وروي ان عثمان بن عفان اعطى العلا
بن عبد الرحمن مالا مقارضه وروي ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر لقيا عند منصرفهما
من غزوه نهاوند ابا موسى الاشعري بالبصره اذ كان عاملا عليها فقال لهما اريد
ان اصلكما وليس في يدي ما اصلكما به واما معي مائه الف درهم من مال بيت المال
ادفعها اليكما لتشتريا بها سلعه وتبيعانها بالمدينه وتردان راس المال على
امير المؤمنين والربح لكما فاشتريا بها من امتعه العراق فربحا فيها ربحا كثيرا
فقال لهما عمر اوكل الجيش اسلف مثل ما اسلفكما فقالا لا فقال عمر رضي الله عنه
لا اراه فعل ذلك الا لمكانكما مني ردا المال وربحه فسكت عبد الله وراجع عبيد الله
اباه فقال يا امير المؤمنين اليس لو تلف كان من ضماننا قال بلى فقال الربح لنا
واشار الى ان الخراج بالضمان فسكت عمر ساعه ثم قال له مثل قوله الاول ردا المال
وربحه فراجعه عبيد الله بما سبق فاعاد قوله الاول فبينا هم على ذلك قال عبد الرحمن بن عوف
لو جعلته قراضا على النصف يا امير المؤمنين فاخذ منه النصف اي نصف الربح وترك
النصف لهما في ايديهما وقد ورد هذا الخبر بالفاظ اخر رواها مالك قال الماوردي
وعلى هذا الاثر اعتمد الشافعي ووجه التمسك به كما قال القاضي ابو الطيب قول القايل
لو جعلته قراضا فلولا انه قد عرف وهو جبره لم يقل وعمر اجابه اليه ولم ينكره وقد
اختلف اصحابنا في معنى جعل الربح في هذه القصه نصفين على اربعه اوجه احدها
وبه قال ابن سريج ان ما جرى من ابي موسى كان قرضا صحيحا لان الطريق كان مخوفا
والقرض جايز في هذه الحاله فكان جميع الربح لهما لكن عمر استنزلهما عن النصف حين
ان يكون قصد ابي موسى ارفاقهما لا رعايه بيت المال الثاني وبه قال ابو اسحق ان عمر
اجرى على ذلك في الربح حكم القراض الفاسد لانهما عملا ان يكون الربح لهما ولم يكن قد
سلم المال بعقد فجعلهما عليه ومقتضاه لكن يكون الربح لبيت المال لكن اجر مثلهما كان
قدر نصفه فسلمه اليهما الثالث ان عمر اجرى عليهما في الربح حكم القراض الصحيح والمال
مقدم معهما عقدا لانه لما كان من الامور العامه كالبيع حكمه عن العقود الحاصره فلما
ربا المال لغيرهما والعمل منهما جعل ذلك عقد قراض صحيح وهذا ذكره ابن ابي هريره
الرابع حكاه القاضي الحسين ان ما فعله ابو موسى كان قرضا فاسدا لانه كان منفعه
شرط عليهما الرد بالمدينه تجر منفعه وكل قرض جر منفعه فهو حرام وكان ترك النصف

واستثنى البعض لانهما كانا استقرا في الذمة وبقدر ما فيه المال وكان جعل الربح لها
غير انهما لما ربحا قال مالك المال اراد عمر ان يجعل لبيت المال من حصتهما وفي
معاملته وان استقرا بعينها دفع اليهما فعلى قول الشافعي في القديم العقد موقوف
على اجازة المالك وعمر قد اجاز ذلك قال ومن جاز تصرفه في المال صح منه
عقد القراض لانه تصرف في المال وهذا اللفظ وان كان من جوامع الكلم لانه يشمل
ما اذا كان المتصرف مالكا او وكيلا او نائبا واحدا او وصيا او حاكما او قيما كما صرح به
الشامل وغيره فهو يدخل جواز القراض من الوكيل والعبد المأذون وهو غير جائز
منهما وكذا عامل القراض وسيذكره بعض ان كان المقارض والعامل بغير اذنه لم ينفذ
ممن يجوز تصرفه في المال لان عقد القراض به يتم وهذا هو الاقرب الى الفهم قال
ولا يصح القراض الا على الدراهم والدنانير اما صحته عليها فبالاجماع واما عدم صحته على
ما عداهما من ذوات القيم وذوات الامثال فلان القراض معقود ليرد راس المال
واقتسام الربح وعقده غرر فيما اتسع من جهة التسبب لان من العروض ما لا اصل
له ولا يمكن رده وما له مثل قد يكون قيمته حال العقد اكثر من قيمته حال الرد وذلك
يؤدي الى ان يصير المال كله للربح وقد يكون قيمته حال العقد اكثر من قيمته حال الرد
وذلك يؤدي الى ان العامل يعطى من راس المال بغير عمل واذا كان كذا امتنعا
في القراض وجميع ما يؤدي اليه ولا يقال ان مثل هذا الاحتمال يجيء في الدراهم
والدنانير لانا نقول قيمتهما لا ترتفع مرة وتنخفض اخرى لان ذلك اذا وقع فانما يكون
بيسير به ويسير لا يؤبه به وقد وجه اختصاص هذا العقد بها بمعنى اخر وهو
ان القراض معاملة تشتمل على اذ الربح غير موثوق به والعمل غير مضبوط
وانما جوزت للحاجة فتختص بما يسهل التجارة عليه في جميع البلدان وهي الدراهم
والدنانير لانه يرغب فيها كل احد ويوجد بها كل شيء وينفقان في كل مكان وفي
كل زمان قال القاضي الحسين وهذا اصح لان المسبوك من الذهب والفضة
والتبر لا يوجد فيها المعنى الاول غالبا ومع هذا فيمتنع القراض عليها للمعنى
الثاني وقيل يجوز القراض على ذوات الامثال حكاه في الابانة وفي الشامل عن ابي
المسعودي وقيل يجوز القراض على الفلوس اذا راجت رواج النقود حكاه المتولي

وادعى

وادعى الامام الاتفاق على المنع فيها وقيل اذا مات رب المال ومال القراض عروض
فقارضه الوارث عليه صح اذا كانت قيمته معلومة ولم يتعلق به حق وهذا قول
ابي اسحاق وهو ظاهر المذهب فانه قال فان رضي الوارث ترك المقارض على
قراضه والا فقد انفسخ القراض قال القاضي ابو الطيب والقائل بهذا حمل
النص على ما اذا كان راس المال ناضا وقال القاضي الحسين الخلاف مبني على الخلاف
في ان الوارث هل يبني على حول المورث ام لا وعلى الوجهين يخرج ما لو كان المال
ناضا وقد حصل الورثة بلده وقارض العامل عليه صرح به الماوردي قال الامام
ومن ذكر الوجهين في هذا المقام يلزمه ان يقول بهما اذا انفسخ القراض في حال
الحياة ثم اعاد المالك والمال عروض وهذا ما منع بعض الاصحاب من جريانه في
هذه الحالة وهو ما جزم به المحاملي في المجموع ولا خلاف في ان العامل لو مات ومال
القراض عروض فقارض رب المال وارثه عليها لم يصح قال ابو الطيب والفرق
ان عمل العامل قد زال وتعذر بموته وليس كذلك في موت المالك لان عمل العامل
قائم وفرق في الوسيط بان الوارث لم يشتر المال بنفسه بنقد العروض فلا
عليه بخلاف مورث رب المال قال ولا يجوز على المغشوش منهما لان غش
الفضة او الذهب لو ميز عنها ثم قارضه عليها لم يصح فكذلك اذا كانا مختلطين
وبالقياس على ما لو كان الغش اكثر من الفضة والذهب وقد وافق الخصم وهو ابو
حنيفة على عدم الصحة في ذلك وهذا هو المذهب المشهور وقد صار الى تجويز القراض
على المغشوش ذاراح الا قلون من المتاخرين كما حكاه الامام بعد ان قال قال
القاضي وابعد اصحابنا فجوزوا القراض على المغشوش اذا جرى نقدا وجعلا اذا
كانت قيمته قريبة من قيمة الخالص وقيمة النحاس فعوضه الصناعة لان امثال
هذه الدراهم لو فرض تحريمها ركود لعل المقدار الذي نقص فوائده وجعل المهمل
حكم القراض عليها مبنيا على جواز التعامل بها وقد ذكرناه قال ولا يجوز
الا على مال معلوم الوزن اي والصفة حال العقد لانه موضوع على الفسخ ورد المال
عند المفاصلة وقسمة الربح على مقتضى الشرط وهذا متعذر مع الجهل وبما ذكرناه من
العلل يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين راس مال السلم حيث جاز مجهولا على قول

لانه لم يعقد ليفسخ حتى يرجع فيه راس المال ويظهر انه لو دفع الى العامل عرضا
ليبيعه ويكون ثمنه راس مال لا يصح لعدم المعرفة بالقدر والصفة حالة العقد مع ان
ذلك يعني اخر يقتضي البطلان لو فقد ما ذكرناه وهو التعليق فان القراض لا
يحتمله وان كان الوكالة على وجه مخصوص وجوزنا تعليق الوكالة لما سنذكره في
موضعه ان شاء الله تعالى فرع لو دفع اليه كيسين في كل منهما الف درهم معلومة
الوصف على ان يكون احدهما راس مال والاخر وديعة ففي صحة القراض وجهان
الطرعن اصحهما المنع ولا يجري مقابله فيما اذا جعلهما راس مال وشرط له في احدهما
نصف الربح وفي الاخر ثلثه ولم يعينه كما حكاه الماوردي بقسميه كلام المسح
قد يفهم منع القراض على مال في الذمة من حيث ان الوزن صفة في الخارج وهو
ما صرح به في المهذب فيما اذا قارضه على الف في الذمة ثم عين في المجلس وصرح به
الماوردي وغيره فيما اذا كان المقارض عليه دينا على الغير سواء كان في ذمة
العامل او في ذمة غيره واذن له في قبضه لكن الامام حكى عن القاضي فيما اذا خالف
فيه صاحبا المهذب الجواز وقطع به وهو قريب مما حكيته قريبا من بيع الدراهم ثم تعيين
في المجلس ووجه الفساد فيما اذا كان المال في ذمة غيره عن البحار والذخائر فيما في
الذمة ولانها في الذمة لا بد من تحصيله اولا وسنذكر انه لا يجوز في القراض ضم عمل
الى التجارة كذا قال الامام وفيه نظر لان مثل هذا العمل مغتفر في القراض الا ترى
ان العامل يصح بيعه بثمن في الذمة بالشرط الذي سنذكره ويتقاضاه الوفاء المهدي
ووجه الفساد فيما اذا كان في ذمة العامل ما ذكرناه اولا وعدم صحة قبضه من نفسه
لغيره وفي البحر حكاية عن القاضي الطبري عن ابن سريج انه يصح القراض على ما في
ذمته لانه بمنزلة الوكيل فاشبه ما لو قال اشتر لي سلعة بالف ثم ادفع الالف الذي
لي عليك في ثمنها على المشهور لو وقع عقد القراض على الدين وتصرف العامل على
حكم القراض نظر ان كان فيما قبضه من غيره فتصرف فيه واقع لرب المال والربح
والخسران عليه وللعامل اجرة مثله فيما فعله من قبض وشراء وغيره وان كان فيما
عليه له فما عمله من ذلك بعد قول رب المال اعزل الالف الذي لي في ذمتك وقد
قارضتك عليه فهل يكون الربح له والخسران عليه او على رب الدين فيه قولان خرجهما

القاضي في جامعه وعلى الاول وهو الاصح لا يبرا فيه العامل بذلك وعلى الثاني يبرا
الا على ما قال الماوردي وفي الرافعي انه اذا عزل الالف وقارضه عليها فان
اشترى بعين الالف كان كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله وان اشترى في الذمة
ونقد ما عزله فوجهان اصحهما في المهذب ان الشراء للعامل وهو الذي يقتضي
ايراد المسح ترجيحه وعلى هذا فليس للعامل اجرة مثله والثاني انه للعامل لانه
انما اذن في الشراء بمال القراض اما بعينه او في الذمة ليسقطه فيه فاذا لم
يملكه فلا قراض وهذا الظهر عند المسح اي جامعه وهذا الترتيب ايراد
الرحمن اي الطيب وابن الصباغ يوافقه وفي تعليق القاضي حسين انه ان اشترى
بعين الالف فالربح والخسران على العامل وان اشترى في الذمة ووقع العقد ان
لرب المال وعليه اجرة مثل العامل والربح له والخسران عليه ولا يلزم العامل
ان يقبض الثمن من ماله فان بعثه جاز وسقط الحق لانه اذن له فيه وابدا
احتمالا في المسالة اقتضى الامام ومن تابعه عليه وهو ان ذلك يخرج على اصلين
احدهما اذا قال شخص لشخص اشتر لي بثوبك هذا الفرس فاشتراه ووقع له في
العقد فهل يقع العقد للآمر لا فيه وجهان فان وقع له فهل يكون الثوب
مقرضا من الامر لانه وجهان وعلى القول بعدم وقوع العقد للآمر هل يقع
للمباشر ام يبطل فيه وجهان وان اشترى الفرس بالثوب ونواه في الشراء
فالحكم كما تقدم الا على قولنا انه لا يصح العقد للآمر فانه في هذه الصورة يقع
للمباشر وجها واحدا والاصل الثاني ما اذا قال اشتر لي خبزا بدرهم من
مالك فاشترى له خبزا بدرهم في الذمة فان العقد يقع للآمر واذا اوفاه المامور
فهل يرجع به عليه فيه وجهان واذا اشترى العامل بعين الالف فهو كما
لو اشترى الفرس بعين الثوب واذا اشترى في الذمة ونقد الالف فهو كما
لو اشترى الخبز ونقد ثمنه والله اعلم ولا خلاف في ان الالف لو كان في يد
او في يد غيره ودفعه صح القراض عليه ولو كان في يده غصبا فكذلك على المذهب
في السامل وعبر وفيه وجه انه لا يصح قاله الغزالي ولعله غلط وعلى الاول
هل يبرا الغاصب بذلك فيه خلاف قدمته في باب الغصب

قال — ولا يجوز الا على جزء معلوم من الربح اي كالنصف والثلث ونحوه
نفيا للغرر والرجوع في قدر الجزء الى ما يتفقان عليه حالة العقد لانه عقد على منفعة
فاشبه الاجرة والصداق فلو اطلقا العقد كان قراضا فاسدا ونفذ تصرف العامل
وله اجرة مثله ربح المال او خسر ويخالف المسابقة فانها تقع صحيحة لان
الربح فيها مقسوم على الاملاك وهي معلومة وفي الحاوي حكاية وجه عن
ابن سريج فيما اذا قال قارضتك ولم يزد على هذا ان القراض جائز ويقسم الربح
بينهما نصفين لان ذلك هو الغالب فحمل اطلاقه عليه وغلط فيه بان الغالب
لو كان معتبرا في مثل ذلك لوجب اذا اطلق عقد البيع ان يصح بثمن المثل
وليس كذلك — فرع لو قال قارضتك على ان لك من الربح مثل ما شرط
فلان لعامله فلان فان كانا يعلمان مبلغ ذلك صح وان جهل احدهما فلا قال
وان قال قارضتك على ان الربح بيننا صح وكان بينهما نصفين كما لو قال هذه الدار
بيني وبين فلان فانها تجعل بينهما نصفين واذا قال بعتها هذه الدار كانت بينهما
نصفين وهذا قول ابي اسحق واختيار الشيخ ابي حامد قال — وقيل لا يجوز
لانه يحتمل ان يكون بينهما نصفين وثلثا وثلثين واقل واكثر فلما لم يبين واحدا
منها كان العوض مجهولا وهذا كما لو قال بعتك بالف مثقال ذهب وفضة
فان البيع لا يصح وهذا ما صححه في التهذيب قال — وان قال على ان لك نصف
الربح صح لان الربح نما المال ومقتضى ذلك ان يكون جميعه لرب المال فاذا شرط
للعامل منه شيئا معلوما بقي الباقي للمالك بالاصل وقيل لا يصح لانه لم يبين ما لرب
المال قال — والاول اظهر لما ذكرناه وبه جزم العراقيون والماوردي
وجعل مثل الوجهين فيما اذا قال تصرف فيه بالبيع والشراء على ان لك نصف الربح
وقاس في جهة المنع على ما لو قال تصرف فيه بالبيع ولي نصف الربح فانه يكون
قراضا فاسدا وجها واحدا ويجري الخلاف الذي حكاه الشيخ فيما لو قال
قارضتك على المال بالنصف والثلث يصح عند ابن سريج وعند ابي اسحاق لا
كما حكاه البندنيجي وغيره قال — وان قال على ان النصف لي لم يصح
لانه ذكر نصيبه بعض الربح الذي هو ما يستحقه فلم يكن له بيان لما يستحقه

قول

قول المزني كما حكاه الماوردي وقيل يصح حملا على موجب القراض واشتراكهما في الربح
فصار البيان لنصف احدهما دالا على ان الباقي للآخر وهذا كما قال الله تعالى وورثه ابواه
فلامه الثلث لان في ذلك دلالة على ان الباقي للاب وهذا قول ابن سريج كما حكاه الماوردي
والعمراني قال — والاول اظهر لان العامل لا يملك شيئا الا بالشرط ولم يوجد
وعلى هذا الخلاف يبنى ما لو قال قارضتك على ان لي نصف الربح ولك ثلثه وسكت عن الباقي
فيكون على الاظهر قراضا فاسدا للجهل بحكم السدس الباقي وعلى مقابله يصح ولو انعكس
الحال فقال على ان لك نصف الربح ولي ثلثه كان على الاظهر في المسئلة قبلها قراضا صحيحا
وعلى مقابله قراضا فاسدا قال — وان شرط لاحدهما ربح شيء بعينه لم يصح مثل
ذلك ان يدفع الفا في كيس ويقول لك ربح هذا ولي ربح هذا او يقول لك ربح ما يحصل في
الشتاء ولي ربح ما يحصل في الدواب ونحو ذلك ووجه المنع انه قد لا يربح في احدهما فيؤدي
الى ان يفوز رب المال بعمل العامل مجانا او العامل يفوز بمال رب المال من غير ان يحصل له شيء
وذلك خلاف وضع القراض وهذا الحكم فيما لو قال قارضتك على ان لي او لك من الربح والباقي
بيننا نصفين او على ان لك من الربح درهما والباقي بيننا نصفين لانه قد لا يربح المال الا درهما
فيؤدي الى ما ذكرناه ويخالف ما لو قال على ان لك اولى الف والباقي بيننا فانه يصح لان
احدهما لا ينفرد بالربح دون الآخر وهذا لو قال على ان لك نصف الربح وما بقي فثلثه لك
ويكون لك ثلثا ان علما قسمه ذلك وان جهلاه او احدهما فعند القاضي حسين لا يصح وعند
ابن الصباغ يصح وحكى صاحب التقريب الوجهين — فرع لو قال خذ هذا الالف قراضا
ولك ربح نصفه ولي ربح نصفه لم يجز خلافا لابي ثور في بعض ما حكاه المتولي ولو قال ولك
نصف ربحه ولي النصف الباقي صح والفرق انه اذا جعل له ربح نصفها صار منفردا بربح احد
النصفين من غير ان يكون لرب المال فيه حق وعمل في النصف الآخر من غير ان يكون له فيه حق
خلاف ما لو قال نصف ربحه فان هذا المعنى مفقود فيه وهذه طريقة ابن الصباغ والبندنيجي
والماوردي وحكاها المتولي عن ابن سريج وهو موافق لما حكاه القاضي الحسين فيما لو قارضه
على الفين متميزين على ان يكون لرب المال ربح الف وللعامل ربح الف وقال عندي انه
يجوز اذ لا يتميز بين الالفين ولا فرق بين ان يقول نصف الربح لك وبين ان يقول ربح الالف
من الالفين لك وقال الامام انه متجه حسن ولا وجه لما قاله ابن سريج لافساد اللفظ فان الذي

لمقتضى موجب اللفظ فقسمة الربح على المشروع فاذا قال نصف الربح لك فهذا جار على الاشاعة
واذا قال ربح احد الالفين لك لم يوجد ذلك والمعول في العقود على الالفاظ قال
وان قال قارضتك على ان الربح كله لي او لك لم يصح العقد هذا الفصل يتضمن مسئلتين
احداهما ان يقول قارضتك على ان الربح كله لي والثانية ان يقول على ان الربح كله لك فالعقد
فاسد فيهما لان وضع القراض يقتضي الاشتراك في الربح وقد شرط اختصاص احدهما به فبطل لكونه
شرطا ما ينافي مقتضاه وقال ابن سريج واصل هذا ان كل لفظة كانت خالصة لعقد حمل
اطلاقها عليه فان وصل بها ما ينافي مقتضاه بطل قال الا انه اذا تصرف نفذ تصرفه
لان الاذن موجود ولا منافاة فيه ويستفاد العرف قال ويكون الربح كله لرب المال
لانه نماء ملكه وللعامل اجر المثل لانه عقد يستحق المسمى في صحيحه فاستحق اجر المثل في فاسده
كعقد الاجارة وفي المسئلة وجه حكاه الماوردي عن المزني انه لا يستحق اجرة المثل لانه عمل
مع الرضى بانه لا ربح له متطوع بعمله والصحيح الاول وبه قال ابن سريج لانه عمل في قراض
فاسد فصار كالمنكوحة على مهر تستحق بالرضى مع ذلك مهر المثل وحكى المراوزة في المسئلتين خلافا
في ان هذا الذي جرى عقد قراض فاسد ام هو في الاولى ابضاع وفي الثانية عقد قرض وبنوا
ذلك على ان الاعتبار في العقود بالفاظها ام بمعانيها فان اعتبرنا اللفظ كان قراضا فاسدا
وان اعتبرنا المعنى كان الاول ابضاعا وفي الثانية قرضا لان ذلك معناهما وقالوا اذا قلنا في
الاولى انه قراض فاسد فهل يستحق اجرة فعلى قولين وخرجوا على هذا الاصل ما لو قال
معك على ان الربح كله لك فعلى قول من نظر الى اللفظ جعل الربح كله لرب المال وجعل للعامل
اجرة المثل لانه لم يعمل مجانا وعلى قول من نظر الى المعنى جعل ذلك قرضا ولا فرق في استحقاق
اجرة المثل بين ان يحصل في المال ربح ام لا بخلاف ما لو كان عقد القراض صحيحا فانه لا يستحق
شيئا ما لم يحصل في المال ربح قال القاضي ابو الطيب والفرق انه لما استحق المسمى وان كان الامر
اجرة المثل عند وجود الربح في صحة القراض جاز ان لا يستحق شيئا اذا عرى عن الربح حتى اذا كان
له الفضل في الزيادة كان عليه الضرر في النقصان وليس كذلك في مسئلتنا لانه لو كان في المال
ربح فاضل عن اجرة المثل لم يكن له ذلك اذا لم يكن فيه فضل استحق اجرة المثل لعدم الزيادة
لما لم يشغفه فلا يضره النقصان وحكى الامام عن شيخه وجها رواه انه لا يستحق الاجرة
اذا لم يحصل بعمله ربح وقال انه لا اتجاه له قال وان قال تصرف والربح كله لي

فهو

فهو ابضاع لا اجرة للعامل فيه وان قال تصرف والربح كله لك فهو قرض لان لفظ التصرف
يحتمل التصرف على جهة القراض وعلى جهة غيره وقد اقترن به ما يخلصه لاحدهما
فحمل عليه كلفظ التمليك لما كان يحتمل الهبة والبيع اذا اقترن به العوض حمل
على البيع لاقترانه به قال ابو العباس وهذا قياس على كل لفظة وضعت لعقد ثم
لم ينصرف اطلاقها الى سواه عقيبها بعضها يصلح لتلك العقود اقلها له وفي الحاوي
في الاخرى حكاية وجه انه يكون قراضا فاسدا ويكون الربح جميعه لرب المال وللعامل اجرة
المثل وهو ما اجاب القاضي الحسين ولا نزاع في انه لو قال خذه واعمل فيه على ان الربح
كله لك يكون قراضا صحيحا ولو قال خذه وتصرف فيه بالبيع والشرى فمقتضى ما
ذكرناه من النقل عن ابن سريج ان لا ينصرف الى شيء من العقود وقد حكى في البحر ذلك
وجهين احدهما انه ابضاع والثاني انه قراض فاسد ولو دفع اليه الفا وقال اشتر
به لنفسك فهل يقع العقد للمباشر او للآمر فيه وجهان فان قلنا بوقوعه للمباشر فهل
الالف هبة منه او قرض فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين قال الابضاع
بكسر الهمزة اي هو بضاعة للمالك ربحها والعامل وكيل متبرع قال اهل اللغة البضاعة
طائفة من المال تبعثها للتجارة ويقال ابضعت الشيء واستبضعته اي جعلته بضاعة
واعلم ان كلام الشيخ مصرح بان القراض ينعقد بلفظ القراض وهو لا شك فيه وفي
كلامه في صدر الباب ما يدل على افتقاره الى القبول حيث قال هو عقد القراض كان
العقود وضعها للافتقار الى القبول وقد صرح بذلك الرافعي وغيره واثبته
الامام بلا خلاف وكما ينعقد القراض بلفظه ينعقد بلفظ المضاربة والمعاملة
ايضا ويعتبر فيه القبول على الفور كما في البيع ونحوه ولا يفتقر مع ذلك الى قوله بع
واشتر على الاصح وفي النهاية به وجه ضعيف في الافتقار اليه في قوله عند دفع
المال اليه مقتصرا على قوله اتجر به على الاصح حتى لو لم يقل ذلك كان الربح لرب
المال وينعقد ايضا بقوله خذ هذا الالف وتصرف فيه او اتجر عليه على ان الربح
بيننا مع القبول ايضا قاله ولدا ابن عن القاضي الحسين كما لو قال اعطيته
عبدي فانه لا حاجة الى القبول بل يكفي قبضه والتصرف فيه ويشابه ما في التهذيب
واستبعده الامام وحكى عن شيخه والطبقة العظمى من نقلة المذهب انه لا بد من القبول

ثم قال ولكن لا يلزم من ذلك وهذه معاملة اقتضت معنى فيها استحقاق العوض والعوض
فيثبت بنفس عقد قبوله وبهذا خالفت الجعالة فان ابهام العامل فيها جائز والوكالة
فانها ان تجرد وليس العوض فيها مستحقا وينعقد ايضا بقول رب المال او وارثه
او من يقوم مقامه بعد فسخ القراض بذلك او قررتك على ما كنت عليه على الظاهر الصحيح
عند الامام ولا ينعقد بذلك عند بعضهم وهو مفرع على منع الانعقاد بالكتابة
وهل ينعقد بلا لفظ من الفاظ العقود مثل ان يقول رجل لآخر طلبت من [illegible] الالف
درهم لتتخذه قراضا والربح بيننا نصفين فاذا دفع له الساعة العامل [illegible] وجهان في التتمة
والصحيح عدم الانعقاد وقيل ان طريقة الانعقاد مخرجة على جواز بيع المعاطاة فرع
لو شرط ان يكون للعامل ثلث الربح والثلث لرب المال والثلث لغلامه يعطى
الغلام فان كان مملوكا ولم يكن قد شرط عمله مع الغلام صح ويكون للعامل الثلث ولرب
المال الثلثان لان المشروط لعبده مشروط له كان الموصى به للعبد موصى به لسيده
فانه لا يملك وان شرطا ان يعمل معه وكذلك الحكم عند ابن سريج وابي اسحاق وجماعة من
اصحابنا حكاه البندنيجي وبعضهم قال بعدم الصحة ومأخذه اشتراط العمل كما
سنذكره وان كان الغلام اجيرا فقد ثبتت مدة اجارته او كان قد شرط الثلث لوالد
رب المال او زوجته او لاجنبي نظر ان لم يشترط عمله مع العامل لم يصح العقد سواء كان
الشارط العامل او رب المال لان الربح في القراض يستحق بمال او عمل وهذا خارج
عنهما فيفسد العقد لفساد الشرط ولا يقال يمكن ان يصح ويسلم للعامل ما شرطه
ولرب المال الباقي فان العامل انما يستحق بالشرط وقد شرط له الثلث ورضي به
والربح نماء المال وهو ملك ربه فاذا لم يحصل لمن شرط له عاد الى مالكه لا يقال
العامل اذا كان هو الشارط فرضاه بالثلث كان لحصول الثلث لمن شرط له وقد يتعلق
له بذلك غرض ولم يحصل واذا كان الشارط رب المال فهذا العقد لا بد فيه من القبول
وقبول الشرط شرط من القابل فانه شرط وكذا اشار اليه الامام وان شرط عمل المشروط
له قال في الحاوي لا يصح الا ان يتصادقا على ما سمى لرب المال ويكون ذكر ذلك على سبيل
الاستعانة وقال البندنيجي يصح قولا واحدا وكانه قارض شخصين بالمال وقد [illegible]
لشخصين لا شك عند الاصحاب في جوازه والكلام اي الطلب [illegible] الا منهما مقارض على

النصف

النصف فانه قال اذا قارض رجل رجلين بالف صح ويكون في حكم العقدين وكانه قارض
كل واحد منهما على الانفراد بخمسمائة ثم قال فان قيل فالمضاربان قد اشتركا في العمل
وهذا يجوز شرطه للاثنين قلنا الجواب ان كلا منهما عامل لرب المال وليس في
ذلك الا ان المال مشاع وذلك لا يوجب شركة الاثنين كما لو كان العامل يتصرف
في مال القراض وما قاله فانه يصح ولا يكون شركة ويعمل في المال بحق الملك وبحق
القراض وكذلك هنا يكون كل واحد منهما يتصرف في نصف المال بحق القراض قال
ابن الصباغ واصح من هذا الفرق عندي ان يقال كل واحد منهما يعمل في نصف المال
واشتراطهما في العمل لا اعتبار به لا شتراطهما في المال الاخرى في شركة العنان
يعملان في المال والربح بينهما على قدر المالين ولا اعتبار باشتراطهما في العمل
وان كان له مانع في الربح لذلك هنا وهذا منه يدل على انه مقارض في النصف
ويعمل في الكل وكلام الامام في هذه المسئلة مختلف واخره يدل على خلاف ما دل عليه
كلام ابن الصباغ فانه قال في اوائل الباب ما نذكره بالمعنى لا بالنص وهو اطلق الاصحاب
جواز مقارضة الرجل الواحد رجلين والذي دل عليه ظاهر كلامهم ان مقتضى ذلك ان شرط
ان لا يستقل واحد منهم بالتصرف دون صاحبه لما في ذلك من التضييق في التصرف
وان اثبت لكل منهما استقلال التصرف فهذا هو الذي جوزه الاصحاب ثم ابدى
في اواخر الباب في هذه الحالة اشكالا وهو ان احدهما لا يتصرف نصيبه لاحتمال
سبق الاخر بالتصرف وقد فرع عليه ان احدهما اذا عمل ولم يعمل الاخر شيئا
فيستحيل ان يستحق من لم يعمل شيئا ويجب ان يكون المشروط للعامل مستقل
لانه لم يشترط له الربح وحده ثم يلزم منه ان قيل بذلك ان يختلف الربح بمقدار
العمل وهو امر لا ينضبط ثم قال ولكن نقول من بعد مقارضة رجلين على
ان يستقل كل واحد منهما بالتصرف في جميع المال فاسد لا شك فيه لما اشرنا
اليه فليخرج هذه الصورة عن ارادة الاصحاب للحكم بالصحة واما اذا قارض رجلين
على ان لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فهذا نتصرح حجرا على كل واحد منهما وقد
قدمنا ان المالك ان شرط على العامل ان لا يمضي امرا حتى يراجع رجلا عينه
او رب المال فالقراض فاسد لكن يعارض هذا الحجر في مسلك التعارف

والساعي وهذا مرداس على ما يحسم بالحجر ويحصل رجوع احد العاملين الى الثاني مما
ذكرناه من الفساد باشتراط مراجعة ثالث او رب المال فان الثالث لا حظ له في الربح
فقد يبرم بالمراجعة وذلك يجر عسرا في التصرف بخلاف العامل وبان التصرف اذا توقف
على مراجعة المالك كان في حكم الخابط بالحلية وما يسقط استقلال العامل بما في وضع
القراض ويتجه ان يحمل ما قاله الاصحاب على كون كل واحد من العاملين مقارضا في نصفه
من المال وقد ذكرنا ان الممنوع غير ضار وكلام الاصحاب في القراض يشير الى ذلك فان
مما ذكروه انه لو قارض رجلين وجعل نصيب احدهما من الربح اقل جاز وهذا انما يتضح
اذا كان كل منهما مقارضا في قسط يتقيد فيه بمعاملة المالك ولو قدرنا صحة مقارضة
رجلين على الشائع فكان العامل الواحد في جميع المال فليس لرب المال الا احد امرين مفصل
احدهما على الذي يخرج من مجموع ما ذكرناه بلا انقسام احدها ان يقارضهما على ان يعمل
كل منهما في جميع المال وهذا باطل لا اشكل فيه والثاني ان يشترط التعاون في العمل في الجميع
فهذا محتمل والاظهر البطلان لما ذكرناه اخرا والثالث ان يعمل كل منهما عاملا في
شطر المال وهذا جائز لا يرتاب وقد قال الشافعي بتعدد العامل يحمل تعدد القراض
ولا يعد لحلاله الامام ذكرناه اخرا وقال بعد ذلك بورقتين فرع ذكر العراقيون مسئلة
عن ابن سريج وهي انه لو قارض رجل رجلين على مال وحصل في يدهما الف فقال
رب المال الربح الف وراس المال الفان وصدقه احد العاملين وقال الآخر بل الربح
الفان وراس المال الف فانه يأخذ من الربح خمسمائة بعد حلفه ويقسم الخمسمائة الباقية
من الربح بينهم رب المال والآخر بينهما اثلاثا لرب المال ثلثاها وللمصدق ثلثها وهذا
جواب حسن وفي تفريعه ما يدل على مقارضة الرجل الرجلين على صفة التعاون والتناصر
جائزة وفيه ما تقدم من الاشكال وليس عندي ايضا نقل صريح في افساد القراض
عند استقلال كل منهما بالعمل من غير مراجعة الثاني وانما قلته عن احتمال والذي
اشار اليه الغزالي في الوسيط صحة القراض في حالة التعاون فرع اذا قارض
اثنان رجلا على مال صح اذا بينا نصيب العامل من الربح وكون الباقي بينهما على نسبة
ما لهما ولا فرق بين ان يتساويا فيما يشترطانه للعامل كالنصف مثلا او يتفاضلا
مثل ان يشترط له احدهما نصف ربح ماله والنصف الآخر له ويشترط له الآخر الثلث

ربح

ربح ماله والباقي له ولو كان مالهما الفا على التساوي فشرط له احدهما الثلث والآخر
النصف وشرط ان ينقسم الحاصل عن نصيب العامل من الربح بينهما فسد لما فيه
من شرط ربح لمن ليس بمالك ولا عامل وهو الشارط للنصف والله اعلم قال
ولا يجوز الا على التجارة في جنس يعم وجوده اي كالثياب والطعام والحيوان ونحو ذلك
اما اعتبار التجارة فلان القراض شرع رخصة لحاجة من معه مال الى تحصيل الارباح
فيه بالتجارة وهو لا يحسنها مع كونه لا يمكنه تحصيل المقصود منها بالاستئجار على
اعمالها لكونها غير مضبوطة فافتقر فيه الجهالة بالعوض لذلك كما اغتفرت في
اعمال المساقاة وغير التجارة من الاعمال كما اذا قارضه على ان يشتري الحنطة ويطحنها
ويخبزها ويبيعها ويكون الربح بينهما والغزل لينسجه او الثياب ليقصرها او
يصبغها يمكن تحصيل المقصود فيها بالاستئجار فلا ضرورة ولا حاجة الى ارتكاب
جهالة مستغنى عنها ومن هذا القسم ما اذا قارضه على مركب يعمل عليها او شبكة
يصطاد بها او اشجارا لاجل ما يحصل فيها من ثمار او حيوان لاجل در ونسله
واذا اتفق ذلك كان ملك ما اشتراه لرب المال وللعامل الاجرة الحاصلة من العمل
على المركب وما حصل له من صيد وعليه اجرة المركب والشبكة واما اعتبار عموم
الوجود فلما يحصل فيه التجارة فلان المقصود بالقراض تحصيل الارباح وذلك انما
يكون غالبا فيما يعم وجوده ولا يختص به قال فان علقه على ما لا يعم كما اذا قارضه
على ان يشتري العود الرطب في موضع لا يكثر فيه قال او على ان لا يشتري الا من
رجل بعينه لم يصح لان في ذلك اخلالا بالمقصود بالعقد وقد لا يكون عند من عينه
ما يتوهم العامل حصول الربح فيه او لا يبيع الا بثمن غال ولا فرق في ذلك بين ان يكون ذلك
الرجل بياعا لا يتعطل الا متعه ولا ينقطع عنه في الغالب ام لا وحكى القاضي ابو الطيب
عن الماسرجسي انه يجوز فيما اذا كان الرجل بياعا وان منع القراض اذا شرط على
العامل ان يشتري من رجل بعينه ويبيع اذا شرط عليه البيع من رجل بعينه او
شرط عليه الشراء او البيع في حانوت بعينه بخلاف ما لو شرط عليه ان لا
يشتري ولا يبيع الا في سوق بعينه فانه لا يصح ولان السوق المعينة كالنوع
العام والحانوت المعين كالعرض المعين قاله الماوردي فرع لو اشترى

في القراض على الحنطه حنطه وطحنها من غير شرط كان متعديا وعليه ضمان ما نقص
بسبب الطحن وهل ينفسخ عقد القراض بذلك فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين
احدهما لا لان الربح حصل على ملك العين التي اشتراها للقراض فصار كالو سافر
بغير اذن وتصرف استحق الربح كذا هاهنا مثله وهذا ما ابداه الامام احتمالا مقيسا
على ما اذا اشترى عبدا صغيرا فكبر وباعه فانا لا نعرف خلافا في ان ربحه مقسوما بينهما
وان كان ما عرض من فائده فهي حاصله من الفعل الذي لحق الدقيق والثاني ان القراض
ارتفع لانه امر بالتصرف في الحنطه وهو ربما التصرف في الدقيق فلم يسلم له ذلك ولو باع
الدقيق او الخبز بعينه ولكن الربح الذي حصل على الحنطه لهما وهذا ما نسبه الامام
الى القاضي وطوايف من المحققين وانهم بنوا عليه ما اذا امر رب المال بطحن الحنطه
انه يصير بذلك فاسخا لعقد القراض وجعل الرافعي الاول اظهر وهو الذي جزم به
في التتمه وكذا في المهذب لكنه سوى بين ان يطحن رب المال فاذن في شرا الحنطه
فاذن في طحنها وبين ان يكون قد اذن له في التصرف مطلقا فاشترى الحنطه وطحنها
وعلل القاضي الوجه الثاني بما يرشد الى انه اذا اذن في التصرف مطلقا ان القراض لا ينفسخ
لكن الامام حكى عنه انه علله بان الربح يقابل عمل العامل الحاصل بفعله وعين التجاره لا
تقابل بالربح المجهول وهذه العله تقتضي تعميم جريان الخلاف فيهما ان احدهما
المراد بعموم الوجود حاله العقد في الموضع المعين للتجاره ولا يعتبر عموم وجوده
في سائر الازمان والامكنه حتى يصح القراض في الثمار الرطبه اذا كانت موجوده
وان كانت مفقوده لدى العقد فلا واذا صح فهل ينقطع بانقطاعها او يبقى القراض
مستمرا حتى اذا جا اوانه يتصرف فيه فيه وجهان كذا صرح به الماوردي وفي تعليق القاضي
الحسين انه لو قال قبل ادراك المطبخ قارضتك على ان تتصرف في المطبخ اذا ادرك
ففي صحه القراض وجهان وهذا تفريع على صحه القراض عليه تاجرا اذا كان موجودا
وهو الصحيح وفيه وجه في الثمار الرطبه وجه حكاه ابن الصباغ عن بعض اصحابنا انه
لا يجوز القراض عليه اخذا من قول الشافعي اذا شرط ان يشتري صنفا موجودا
في الشتا والصيف وهو ما مال اليه القفال وجزم به في المهذب اخذا من منع ما قبله
القراض حتى لو قال قارضتك على ان تعمل في الثمار الرطبه ثم بعدها في كذا صح

اتفاقا والذي جزم به الشيخ الاول وانفصل القائلون به عن ما ذكر القراض بان
المدة المعينة قد ينقضي قبل بيع ما عنده من العروض فيمتنع عليه التصرف فلذلك فسد
وهذا النوع ما دام باقيا في يد العامل لم يمنعه ومنه فيكون القراض باقيا قال
ان كلام الشيخ يدل بمنطوقه على اشتراط جنس ما يقارض عليه وهو يخرج القراض
العام وهو ما اذا قال قارضتك على ان تتجر فيما اردت من اصناف الامتعه وانواع
العروض وقد صرح الماوردي وغيره بجوازه وبمفهومه على ان تعين من النوع
من الجنس لا يشترط وهو قضية ما حكاه في المهذب وغيره فيما اذا قال قارضتك
على ان تتجر في البز انه له ان يتجر في اصنافه من المنسوج من القطن والابريسم والكتان
وما يلبس من الاصواف ولا يجوز ان يتجر في البسط والفرش لانه لا يقع عليه اسم
البز وهل يجوز ان يتجر في الاكسيه البركانية والثياب المخيطه كالقمص والسراويل فيه
وجهان وقال الرافعي ان الخلاف في اشتراط تعيين نوع يتصرف فيه مثل الخلاف
المذكور في الوكاله ومقتضى هذا ان يكون التعيين يشترط هاهنا عند الشيخ كما
جعله شرطا في الوكاله والظاهر وهو الذي اورده الامام انه لا يشترط لان الوكاله نيابه
محضه وللحاجه تمس اليها في الاشغال الخاصه والقراض معامله يتعلق بها غرض
كل من المتعاقدين فمهما كان العامل ابسط يدا كانت افضى الى المقصود قال
ولا يصح الا ان يعقد في الحال وان علقه على شرط لم يصح لانه عقد يلزمه العوض
فلم يصح تعليقه على شرط كالاجاره ولانه عقد يبطل بالجهاله في راس المال واتمام
العوض وهو الربح فلم يجز تعليقه على شرط كالسلم وكما لا يصح تعليقه على شرط لا يصح
عقده في الحال ووقوف التصرف على شرط وفيه وجه انه يصح كالوكاله وهو قريب
من الوجه الذي تقدم في صحه القراض على المطبخ في غير اوانه قال وان عقده
الى شهر على ان لا يبيع بعده لم يصح لان وضع القراض ان يعمل كل واحد منهما ماله من الربح
عقد المعاوضه وذلك لا يمكن الا بنضوض الثمن والثمن لا يحصل الا بالبيع وقد لا ينفع
الوقت له قبل انقضاء الشهر وهو بعيده فيمنع فكان مخالفا لمقتضى العقد
فابطله قال وان عقده على شهر على ان لا يشتري بعده اي وجعل له
البيع صح لانه لو عقد مطلقا ملك رب المال منعه من الشرا اي وقت شا

فلم يجز مما شرطه منافاه لمقتضى العقد وهذا ما جزم به الماوردي وابو الطيب
وابن الصباغ وفي المهذب وغيره حكايته وجها انه لا يصح ونسبه الماوردي في البحر لروياني
والعاملي في المجموع الى حكايته اى الطيب الذى فيما علقه من الزيادات على الشروح عن
ابى اسحاق والامام الى روايه العراقيين عن ابى الطيب ابن سلمه وقال الرافعي انه لا يكاد
يوجد في كتبهم وكانه استنبطه ابو الطيب من ابى الطيب وقال ابن يونس ان هذا الوجه
ظاهر المذهب ووجهه القاضي الحسين بانه شرط ارتفاع العقد الذى قضيته الاطلاق
لوجود معنى فقد كا ان شرط ان يبيع منه ادا اماها في الخلع وعلى الاول يتفرع مسئلتان
احديهما لو قال خذ هذا الالف قراضا ما اقام العسكر او الى قدوم الحاج وارار فسخه
بعد ذلك دون منع البيع فيه وجهان في الحاوى وجه الفساد حهاله المده الثانيه
لو قال قارضتك شهرا مقتصرا على هذا فالاصح فساد القراض لان قضيه اسها القراض
امتناع التصرف بالكليه وفيه وجه انه يصح لانه عقد جائز يصح مطلقا موقتا كالعاريه
ويحمل هذا المنع على منع الشرا دون البيع فرعان لو قارضه على ان يشترى الحنطه
ويبيع في الحال ويكون الربح بينهما نصفين لم يجز قال القاضي الحسين لان القراض عقد يطلب
نماؤه بحداقه التصرف منه على الاطلاق وهو لم يطلق التصرف بل حصر ذلك بالفعل فهو
كالحصر بالزمان ولو قارضه على الف على ان يصرف في الحنطه ويمسكها زمانا حتى اذا
غلا السعر حينئذ يبيع ويكون الربح بينهما لم يجز لم يبعقد القراض قاله القاضي ايضا
قال وان شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح لان وضع القراض على ان يكون
من رب المال المال ومن العامل العمل والجمع بينهما على رب المال ينافي مقتضاه لان
بعض الربح يكون له بعمله وماله وهذا هو الصحيح وفي الرقم لابى الحسن العبادى
ان ابا يحيى البلخي جوز ذلك في طريق السعد والمعاونه وسيذكر ما يدفع هذا والاسح
شرط عمل رب المال لا يصح شرط مراجعته ومراجعه يحصر بعضه ليس بعامل في
القراض لما في ذلك من التضييق في التصرف ولذا لا يجوز شرط جعل المال في يده
او وكيله مع استقلال العامل بالراى والتصرف وفي هذه الحاله وجه حكاه الجلوبي
الاصح واجراه فيما لو شرط ان يكون مع العامل مشرف يطلع على ما يفعل ولا يتوقف
تصرف العامل على مراجعته قال وان شرط ان يعمل معه غلام رب المال اى

وهو معروف سمعته او بصفته صح على ظاهر المذهب لان غلامه ماله فجاز ان يجعل
ملازمه تابعا لماله ولان القراض عقد على اصل يشترك رب المال والعامل على
فائدته فوجب ان لا يفسد بشرط عمل العبد فيه كالمساقاه وقيل لا يصح لان عمل
العبد كعمل سيده وفي البحر ان هذا هو الظاهر من كلام الشافعي هنا وفي الام وان القاضي
ابا حامد قال انه الصحيح وكذلك الطبري وقال في المهذب في باب المساقاه انه المنصوص
والجمهور وحذاق الاصحاب على صحه الاول وفرقوا بينه وبين السيد بان العبد يصح استيجاره
واستعارته ويكون في يد المستعير ومنفعته حاصله له فصلح ان يكون تبعا للعامل
بخلاف رب المال فانه لا وجه لجعله تبعا في التصرف في ماله لغيره ومحل الخلاف اذا
لم يشترط مراجعه الغلام في التصرف فان شرط ذلك فسد العقد وكذا لو شرط
ان يكون المال في يده وحكى فيه الوجه السابق ولو دفع رب المال للعامل حملا يحمل
عليه انواع التجارات او نسيا يعمل فيه المضاربه جاز على ظاهر المذهب وبعضهم جزم
مطلقا قال وعلى العامل ان يعمل يتولى بنفسه ما جرت العاده به ان يتولاه
اى يتصف السلع ويشتريها على من يرغب في شراها وادراجها في السفط والبيع
والشرا وذرع الثياب وقبض الاثمان ونقدها ووزن ما يخف كالذهب والفضه
والمسك والعنبر ونحوها وحفظ المتاع على باب الحوانيت واسرافه في السفر
اذا امن له منه على جمع المتاع وتحميل الاعدال والرفاد على بعضها وكلما جرت عاده الملك
بفعله في ماله مما يحتاط به لان اطلاق العقود يحمل على ما الف وعرف وهذا هو
العرف فلو استاجر العامل من يتولى مثل ذلك او بعضه حارجا كما صرح به
الامام وكذا لو وكل او استعان في ذلك جاز كما قاله الامام في اواخر باب الوصيه
وللاعم الامام قد ماه وهو قوله بنفسه قال الامام فكان الاجر في مال العامل لانه
عنه عمل بخلاف ما لو استاجر من يحمل الاعدال او يحملها او ينادى على السلع او يحملها
من الخان الى الحانوت فان الاجره تصرف في مال القراض كالتصرف اجره الحمال
والخان واجره الحارس وكذا ما صار معهودا من الرابيه التى لا تعقد على منعها
كما حكاه في الحاوى وبخلاف ما لو عمل العامل بنفسه ما جرت العاده بالاستيجار
عليه فانه لا يستحق اجره على ذلك فرع لو غصب شيئا من مال القراض

هل للعامل المخاصمة عليه فيه وجهان اختيار ابن سريج منهما نعم واختيار الاكثرين من اصحابنا لا قال الماوردي وقول ابن سريج اشبه بالصواب وهذا ما يقتضيه ايراد الامام فانه جزم بان له المطالبة من اتلف من مال القراض شيئا ويستدرك من بعده عن رواية الرافعي تفصيلا فيه قال وان يتصرف على وجه النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لانه يتصرف في مال الغير باذنه فلا يتصرف الا على وجه النظر والاحتياط كالوكيل فلو باع باقل من ثمن المثل او بمؤجل كان حكمه كالوكيل اذا باع به وقد ذكرناه قال الا ان ياذن له في ذلك هذا لان المنع لحقه فزال باذنه ومحل ذلك اذا لم يشهد المالك مع اذنه له في البيع بالنسا على البيع بالثمن الحال كما حكاه الماوردي واما اذا عين البيع بالحال فالقراض باطل وكذا لا يملك البيع بالثمن المؤجل لا يملك الشرا به لانه قد يهلك مال القراض قبل حلوله ويجب عليه اذا باع بالمؤجل ان يشهد حتى اذا لم يفعل ضمن كما قيل في حق الوكيل بخلاف ما اذا باع بالحال فان العرف لم يحرمه مع انه مامور بعدم تسليم العين قبل قبض ثمنها حتى لو سلمه قبل القبض كان ضامنا وما ذكرناه مذكور في الوكالة ولا يجوز للعامل ان يشترى بالثمن من راس المال ولا نقد جنسه حتى لو كان راس المال ذهبا لا يجوز ان يشترى بالفضة بل يشترى بالذهب نقدا ثم يشترى بها صرح به في الحاوي ولو اشترى بغير راس المال او بقدره في الذمة ثم اشترى شيا اخر لم يقع لمال القراض لانه اذا اشترى الاول بالعين فقد ملكه البائع واذا اشتراه في الذمة فقد استحق صرف راس المال اليه وفي هذه الحالة يقع الشرا للعامل ان لم يصرح بالسفارة وان صرح فوجهان تقدم نظائرهما قال سكت الشيخ عن منع العامل من البيع بغير نقد البلد وان كان قد صرح في الوكيل به تعرف ان العامل لا يمنع من البيع بغير نقد البلد ولا بالعرض وهو ما صرح به الرافعي والمتولي وصاحب المرشد فما اذا باع بالعرض ففي السامل وتعليق البندنيجي والبحر الجزم بمنع البيع بغير نقد البلد كما في الوكيل قال وان اشترى معيبا اي شراه اي مما جاز لان القصد تحصيل الربح وقد يطلبه وفي التتمة والتهذيب حكاية وجه انه اذا اشتراه بقيمته لم يصح لان الرغبات في المعيب تقل قال وان اشترى شيئا على انه سليم فخرج معيبا

ثبت

ثبت له الخيار لانه مفوض النظر اليه وهذا منه ولا يسقط بفسخ العامل اذا اراد الامساك حظ ومصلحة ويتعدد المالك فيه حظ ومصلحة سواء كان الحظ في الرد او استوى الامران لقدرته على البيع بثمن المثل كما صرح به الامام وحكى وجها انه يتعدد وان كان الحظ في الامساك كما يتعدد رد الوكيل في مثل هذه الحالة على الاصح وقال انه متجه فان حط زيادة عن الوكيل لا وجه له وقد مال جواب القاضي اليه قاله القاضي وحيث ثبت الرد للعامل فهو للمالك اولى لكنه يرده على البائع ان وقع العقد في العين وان ورد على الذمة فله صرفه عن مال القراض في انصرافه للعامل ما سبق في انصراف العقد للوكيل اذا لم يقع للموكل قال وان اختلف هو ورب المال في الرد بالعيب عمل على ما فيه المصلحة لانه العدل وفيه وجه ان المالك اذا اجاز العقد لزم كالموكل مع الوكيل بالعيب وقال في البحر في كتاب الوكالة وهو غلط قال وان اشترى من يعتق على رب المال او زوج رب المال بغير اذنه اي بغير مال القراض لم يصح اما في الاولى وهي ما اذا اشترى احد الوالدين وان علوا والمولودين وان سفلوا فلان القصد بهذا العقد ابتغاء ربح ولم يوجد واما في الثانية وهي ما اذا زوج رب المال بغير اذنه فلان في ذلك اضرارا برب المال بسبب انفساخ نكاحه فلم يدخل اذنه المطلق مقتضيا له في شرا العرض والمراد بالزوج في الشرا الثاني الرجل ويجوز ان يفهم ذلك مراد الشيخ ويجوز ان يكون مراده الرجل والمراة كما صرح به الامام وبعضه ان لفظ الزوج يصدق لغة على كل واحد منهما كما ذكره في البحر وقد قال تعالى واصلحنا له زوجه وهذا الحكم في اسماعهم ولد رب المال اذا نعت في الرهن كما صرح به في المرشد وحكى في صحة الشرا في الصورتين القول بعدم في وقف العقود كما حكاه القاضي الحسين وفي المهذب وغيره حكاية وجه في شرا الزوج انه يصح القراض لانه قد يكون مربحا وحكاه الماوردي قولا والقول بعدم الصحة هو المنصوص في الاملا اما اذا وقع الشرا ما لا يصح في الصورتين ولينفسخ النكاح واما العتق فان لم يكن في المال ربح ولم يدخل في ثمن العرض فضلا لو كان على رقبة يحصل في حمله العرض وارتفع القراض ان كان الشرا بجملة المال لانه يكون عقدا ساعة الحل في عقد القراض وجهان في الحاوي اصحهما عند الماوردي والشاشي في الحلية لا فعل هذه

فهذا للعامل اجرة مثله على الاصح والثاني وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني يعتق
فعلى هذا الاصح للعامل على المالك في هذه الصورة اذ لا ربح وهذا ما جزم به الرافعي
والسبكي وابن الصباغ والقاضي الحسين وان كان في المال ربح بان كان مال القراض
الفا فنسب الفا ووقع شرا القريب على الالفين او لم يكن في المال ربح وكان في غير
حصل ما اشتراه بالف وقيمته الفان ففي تعليق القاضي الحسين انه يعتق كله ان كان
رب المال موسرا ويغرم للعامل قيمة الربع ان كان قد شرط له نصف الربح وذلك
خمسمائة وان كان معسرا عتق منه ثلاثة ارباعه والباقي رق للعامل هو ان قلنا يملك
العامل حصته بالظهور او بالقسمة لان اتلاف المالك كالمقاسمة وكذا قال الامام
وقال ان قلنا انه اذا كان موسرا يعتق جميعه في الحال تفريعا على تعجيل السراية وفي الرافعي
والتتمة ان ذلك مبني على ان العامل متى يملك حصته من الربح فان قلنا بالقسمة عتق
جميعه وغرم المالك نصيب العامل من الربح وان قلنا بالظهور عتق منه حصة راس
المال ونصيب المالك من الربح وسرى العتق الى الباقي ان كان موسرا وان كان
معسرا بقي رقيقا وفي البحر في صحة الشرا براس المال والربح ان قلنا العامل لا يملك
بالظهور وان جميع العبد يعتق لانه على ملك رب المال وان قلنا يملك بالظهور
فان علم العامل انه قريب رب المال عتق جميعه عليه لانه اشتراه لاجله واذا اشترى
الانسان بماله لغيره لنفسه عتق عليه كذلك ههنا وان لم يعلم بانه ابوه عتق منه مقدار
ملك رب المال منه ونصيب العامل لا يعتق الا ان يكون موسرا وهذا الذي ذكره
فيما اذا لم يكن عالما بان المشتري ابو رب المال حكاه ابن الصباغ عن القاضي في المجرد
ولا يخفى ان هذا يتفرع على صحة الشرا لعقد القراض كما صار اليه ابو حامد اما
اذا قلنا بما صححه الماوردي انه لا يقع لعقد القراض وللعامل اجرة مثله ويعتق العبد
على كل حال كان رب المال موسرا او معسرا ولو وقع شرا القريب ببعض مال
القراض حكى القاضي الحسين في تعليقه عن العراقيين انهم قالوا ان اشتراه بقدر راس
المال عتق عليه وكانه استرده والباقي ربح وان اشتراه باقل من راس المال
رد عليه تمام راس المال والباقي ربح وان اشتراه باكثر من راس المال فما زاد
يعتق من حصة رب المال من الربح فان استويا فالباقي للعامل وان بقي الثلث

حق

من نصيب العامل سلم للعامل نصيبه واخذ رب المال الباقي قال وهذا غلط لان المقبوض
من المسترد او المتلف منه يقع من الحصص فلا يتعين المتلف عن نصيب المتلف وانما
حكمه حكم ما لو استرد طائفة من المال وسنذكره والحكم فيما اذا اعتق رب المال
عبدا من مال القراض كالحكم في شرا من يعتق عليه كذا ذكر في فروع الوكالة يشتري
عبد مطلق بصفة اذا اشترى من يعتق على موكله هل يقع الشرا له فيه وجهان
اظهرهما وهو الذي اورده المتولي والقاضي الحسين والجمهور الصحة لان اللفظ
شامل وقد رضي ان يكون له ما ينتفع به وان عتق عليه فانه يثاب به بخلاف القراض فان
قرينة طلب الربح اوجبت ذلك فعلى هذا لو كان العبد معيبا حكى الرافعي في كتاب
الوكالة ان للوكيل الخيار في رده ولا يعتق عليه قبل الرضى بالعيب ولو اشترى الوكيل
عبدا يشهد الموكل بحريته او بكونه ملك غيره لم يصح شراؤه سقط دعواه مع صحة الشرا وجهان
في تعليق القاضي الحسين قال ولا يسافر بالمال من غير اذن اي سوا كان السفر
بعيدا او قريبا وسوا كان الطريق امنا او مخوفا وسوا لحقه مؤنة او لا لان السفر
ترك للخطر روي انه عليه السلام قال المسافر وماله لعلى قلت الا ما وقى الله الحديث
وفي تعليق ابي حامد قول عن البويطي انه يجوز عند امن الطريق وفي الحلي ان الروياني قال
في الفتاوى اذا كان الربح في السفر اكثر والطريق امن جاز والمذهب الاول فان سافر
ضمن وهل يبقى عقد القراض لم يتعرض له في الحاوي ان فعل ذلك مع تعين مال القراض
بل يقعد يبطل القراض لانه صار غاصبا وان فعل مع ابدال عين المال الى عروض ما دون
فيها فلا لاستقراره بالتصرف والشرا والذي اطلقه الامام من ان العقد قائم
فهو محمول على ما قاله الماوردي فان كلامه من بعد يرشد اليه لكن سنذكر عن الامام
في اخر الباب ان العامل اذا خلط راس مال القراض بماله ضمن ولا ينعزل عن التصرف
مع ان فيما ذكره الماوردي من كونه غاصبا موجود فيه وعلى كل حال اذا سافر بمال القراض
نظر ان كان المتاع في البلد الذي سافر اليها اكثر قيمة او يساوي العمال صح البيع
لعموم الاذن والمنع من السفر انما كان لخطره والبيع لا خطر فيه واذا صح البيع
استحق الربح كما شرط وان كان اقل قيمة مما يتغابن بمثله فاعله لم يصح البيع ثم
حيث يصح البيع يكون الثمن مضمونا عليه لكونه قبضه في موضع لم ياذن له الا ذن

قال: وإن سافر بالإذن فقد قيل: إن نفقته في ماله؛ لأنه استحق الربح المشروط
بالعمل فلا يستحق شيئاً آخر لأجله كما في الحضر، ولأنه ربما يفوز بسبب ذلك بكل الربح، وهذا
ما نص عليه في البويطي، وبه قطع أبو إسحاق وابن أبي هريرة، وزاد أبو إسحاق فقال:
ولا يعلم للشافعي في قديم ولا جديد أنه ينفق على نفسه، كذا حكاه عنه في البحر، وقال: إن أكثر
أصحابنا على هذه الطريقة. قال: وقيل: على قولين: أحدهما: في ماله لما ذكرناه، وهو الأصح،
والثاني: في مال المضاربة، وهو نصه في المختصر، وبه قطع بعضهم؛ لأنه حبسه عن التكسب بالسفر
لأجل القراض، فأشبه المرأة تحبس عن التكسب بسبب زوجها، وبهذا خالف الحضر، فإنه غير
ممنوع من التكسب فيه. وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي أبو الطيب ومن تبعه وابن الصباغ، واختارها
الشيخ أبو حامد وجماعة، وقال في البحر: هو الأظهر عند الرافعي، والقائلون بالأول حملوا نص
المختصر على النفقة بسبب الحمل لا بمنعه. قال: وأي قدر يكون في مال المضاربة؟
قيل: الزائد على نفقة الحضر، أي: كالخف وزيادة ملبوس ومأكول، وربما يكون سعر في الماء
والطعام والإدام والكسوة وأجرة المنزل، كما صححه السنجي والرافعي وعبر به بقسطها
مما إذا سلمت له رجع بعينها؛ لأجل سفره لأجل المال، فأشبه أجرة الحمال، وهذا ما يقتضي
كلام الماوردي أنه المذهب؛ لأنه صدّر به كلامه، ثم قال: وحكى ابن أبي هريرة عن بعض متقدمي أصحابنا أنه
يستحق الإنفاق على نفقة الحضر، وهو أشبه بالقياس، هذا هو المشهور في الطرق، وقد
قال المزني في الجامع الكبير: والذي أحفظه له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في طعامه
وثمن ما يشتريه ليلبسه في عمله، وحكى السنجي وغيره عن الشيخ أبي حامد أنه لا يلتفت
إليه لعله خلاف الإجماع، وليعلم أن النفقة محسوبة من الربح إن كان، وإلا فهو خسران
لحق رأس المال، وأن على العامل أن لا يسرف في الإنفاق، بل يأخذ بالمعروف كما
هو في المختصر، ولا يحتسب فيها أجرة حمام ولا حجام ولا ثمن دواء ولا سمن، وفي الحاوي
حكاية وجه أنها تقدر بمقدار نفقة الزوجات لأنها معاوضة، وتقديرها لرفع الجهالة،
وأن الظاهر أنه أخذ من رواية المزني في الجامع الكبير، وعلى الأول لو وقع اختلاف في
قدر ما أنفقه العامل فالقول قوله مع يمينه إذا كان محتملاً، وفيه وجه حكاه الماوردي
أن القول قول رب المال مع يمينه، كاختلافهما في ادعاء العامل رد المال على
ربه، وأن العامل متى أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد لم يأخذ لذلك المدة

نفقة

نفقة ما جزم به الرافعي والمتولي والصوفي والحاوي، مقيد بما إذا كان ذلك لعارض من مرض أو نحوه
مختص به، أما إذا أقام فوق مدة المسافرين لأجل مال القراض انتظاراً للسعر وقبض
ثمن أو التماساً لحمله أو لسبب يتعلق به، فنفقته فيه كنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض.
فروع: أحدها: إذا شرط العامل نفقة السفر في القراض كان، وقلنا: إن مطلق العقد
يقتضيها، كان ذلك تأكيداً له، وإن قلنا: لا يقتضيها، فسد على الظاهر، والوجهين فيما لو شرط
ذلك في الحضر، ووجه الصحة أنه من مصالح العقد، وعلى هذا هل يشترط تقديرها؟ فيه
وجهان. الثاني: إذا حمل مع مال القراض مالاً لنفسه أو تجر فيه أو وجبت النفقة
لأجل السفر، وزعت على قدر المالين، وقال الإمام: يجوز أن ينظر إلى مقدار العمل في
المالين، ويوزع على أجرة مثلهما، وفي أمالي أبي الفرج السرخسي أنها إنما توزع إذا كان
ماله قدراً يقصد السفر له، فإن كان لا يقصد السفر له فهو كما لو لم يحمل معه غير
مال القراض. الثالث: إذا عاد من سفره ومعه فضل زاد ونحوه من آلة السفر
من السفرة والمطهرة ونحو ذلك، فهل يعاد لمال القراض أم يستقل به العامل؟
فيه وجهان حكاهما الإمام عن الشيخ أبي محمد، فإنه قربهما من تردد الأصحاب في أن الجند
في الإسلام إذا انصرفوا من دار الحرب ومعهم فضلة من طعام ونحوه فيها، هل يعاد
إلى الغنيمة أم لا، وفي البحر أن القاضي الطبري قال: رأيت في المهذب لابن القطان
رد الجميع، وجهان: كما نقول في كسوة المعتدة على الزوج إذا انقضت العدة هل
ترد؟ وفيها وجهان، والأظهر في مسألتنا عند الرافعي وجوب الرد، وقال الإمام:
إنه القياس الذي لا يتجه غيره، وما ذكر من أمر الطعام يحتمل أن يجاري ذلك
توسعاً. الرابع: إذا لقي رب المال في
البلد التي سافر إليها بعد نضوض المال واسترده، فهل يجب له نفقة العود؟ فيه
قولان في أمالي حرملة، والصحيح المنع، وفي البحر ظاهر المذهب الوجوب، وهو
قضية ما في تعليق البندنيجي، فإنه قال: الخلاف مبني على أنه هل يستحق نفقته
في الإياب أم لا؟ فإن قلنا: يستحق، استحق، وإلا فلا. تنبيه: ذكر الشيخ
حكم النفقة عند السفر بالإذن يعرفك جوازه، وهو متفق عليه لكن إذا عين
له موضعاً لا يجوز أن يسافر إلى غيره، وإذا أطلق له الإذن في السفر جاز أن يسافر

به الى البلد المامونة المسالك والامصار التي جرت عادة اهل بلده ان يسافروا باموالهم
ومتاجرهم اليها ولا يخرج عن العرف المعهود فيها فان تعداه ضمن واذا وجد الغبطة
في البلد التي سافر اليها اهل فهل له البيع فيها ام لا قال المتولي ان كانت مؤنة الرد
اكثر من النقصان وامكن صرف الثمن الى متاع يتوقع فيه ربح فله البيع والا لم يجز لانه
يخسر بتحقق فرع العامل في القراض هل له ان يقارض على مال القراض فينظر ان
كان باذن رب المال يشترط ان يقصد الربح بين رب المال والثاني خاصة ويكون صورة عقد
القراض مع الاول ان يقول قارضتك على ان تعمل في هذا المال وان اردت ان تقارض عليه
فافعل وحينئذ فلا يجوز له ان يقارض الا امينا كافيا في التصرف فان قارض غير
متصف بهذه الصفة لم يصح ولو قارض متصفا بها وشرط لنفسه جزءا من الربح مع
شرط جزء لرب المال وجزء للعامل الثاني لان الربح في القراض يستحق بمال او عمل وقد
فقدا في حق العامل الاول فاذا عمل الثاني كان الربح لرب المال وعليه اجرة مثل الثاني
له وان اذن رب المال للعامل في ان يقارض غيره ليكون ذلك الغير شريكا في العمل والربح
المشروط على ما يراه حكى الامام فيه وجهين احدهما الجواز كما لو قارض المالك شخصين
في الابتداء واشبههما المنع لانا لو جوزنا ذلك كان الثاني فرعا للاول منتصبا من جهته في القراض
معاملة يصير محال الفاسد فيها ولا تعدل بها عن موضوعها وموضوعها ان يكون احد
العاقدين مالكا لراس المال لا عمل من جهته والثاني صاحب عمل لا مال من جهته وان قارض
العامل الاول وقد شرط له رب المال نصف الربح مثلا عاملا ثانيا بغير اذن رب المال
وشرط له نصف الربح لم يصح فالوكيل وكيل بغير اذن وفق العقد فعلى الجديد اذا فعل
ذلك وسلم المال الى الثاني فعمل فان كان الثاني عالما بالحال فهما غاصبان ضامنان وان لم
يعلم فالاول غاصب والثاني منه من ضمان الغصوب فان غرم الاول لم يرجع على الثاني
وان غرم الثاني ففي رجوعه على الاول وجهان في النظر بعض وحكى القاضي الحسين طريقة جازمة
بالرجوع ثم اذا تصرف الثاني في راس المال وحصل ربح فينظر ان وقعت عقود على عين
مال القراض فهي باطلة لانه باع مال الغير بغير اذنه وقد تقدم حكمه في البيع والغصب وان
وردت على الذمة وصرف مال القراض في الثمن ابتنا ذلك على ان الغاصب اذا فعل مثل ذلك فهل
الربح له او للمغصوب منه وفيه القولان السابقان في الغصب فان قلنا بالقديم فعليها يستحقه

المالك

المالك من الربح وجهان احدهما وهو ما قال الرافعي انه لم ير الا في كتاب الشيخ جميع الربح
له فقلنا في الغصب وللعامل الثاني عليه اجرة مثله على وجه وعلى اخر هي على العامل الاول
وفي الحاوي بسبب الرجوع بكل الربح ويغرم العامل الاول اجرة مثل الثاني الى ابن سريج والثاني وهو
الذي اجاب به المزني والمعظم وهو الصحيح انه يستحق النصف لانه دخل على ان يكون بالنصف
فلا يستحق اكثر منه فعلى هذا في النصف الاخر اربعة اوجه احدها وهو ما اجاب به
المزني وقال به ابو اسحاق المروزي كما حكاه الماوردي وصاحب البحر وابن ابي هريرة كما حكاه
الماوردي وهو الاصح في الرافعي انه بين العامل والثاني نصفين لان العامل الثاني
دخل مع الاول على ان ما يرزقه الله من ربح كان بينهما والذي رزقه النصف وما حصل في
المال كالمستهلك فكانه لم يحصل والثاني ان الاخر للمالك ويستحق العامل الثاني على الاول
نصف اجرة مثله لانه دخل في العقد على ان ياخذ نصف الربح ولم يسلم له الا نصفه فقد فاته نصف منفعته
فقد ذهبت من غير عوض فيستحق عليه ما فاته وهو نصف اجرة المثل ومن هذا التعليل فهم
ان هذا الوجه انما يجري اذا كانت صيغة العقد كذلك كما صار اليه الجمهور وقد اجراه
بعض الاصحاب كما حكاه القاضي الحسين والامام وغيرهما وان كانت الصيغة ان ما رزق الله
فهو بيننا والثالث ان جميع النصف للعامل الثاني لان العامل الاول ليس له عمل
ولا ملك والرابع ان نصف الربح للعامل الاول لانه مشروط له من جهة المالك وشرط
الاول للثاني نصف الربح فاسد فيستحق عليه اجرة مثله وهذا ما حكاه الماوردي عن ابي
اسحق المروزي وقال انه غلط المزني فيما قاله وهو الذي ابداه ابن الصباغ احتمالا ورجحه
وان قلنا بالجديد فقال المزني الربح كله للعامل الاول وللعامل الثاني عليه اجرة
مثله وغلطه بعضهم وقال على هذا القول يكون الربح كله للعامل الثاني لانه المتصرف في
المال فهو بمنزلة الغاصب المتصرف ومنهم من تبعه قال ابن ... وغيره وهو الاصح لان الثاني
لم يشتر لنفسه بل للاول فكان الربح له وفارق الغاصب فانه اشترى لنفسه فكان الربح
له وان حصل الربح له وجب عليه للثاني اجرة مثله وهذا هو المشهور وفي البحر
ان بعض اصحابنا قال التفريع المذكور عن الشافعي على القول الاول ليس متفرعا
على القديم بل هو قول حرملة في وقف العقود والشافعي يجوز في الجديد وقف العقود لا سيما
اذا كان فيه مصلحة اموال الناس وهنا مصلحة لانه ربما يدفع مالا قراضا فيشتري

العامل وينوي بنفسه ثم يتولى ذلك من مال القراض فيكون الربح له مع طول المدة وطول
يؤدي الى امتناع الناس من هذه المعاملة فقلنا في مثل هذا الموضع رب المال
بالخيار ان شا اجاز تلك العقود واستفاد ارباحها وان شا لم يجزها واقتصر على
اصل ماله وكذلك ما عقده العامل بعين المال وقد مال ابن سريج الى هذا العقود
مراعاة لمصلحة الناس قال ــــ وان ظهر في المال ربح ففيه قولان احدهما
ان العامل لا يملك حصته الا بالقسمة لانه لو ملكها قبل القسمة لصار شريكا
لرب المال حتى لو هلك شي من المال هلك وليس كذلك بل الربح وقاية راس المال ولان
القراض يجري مجرى الجعالة لجهالة العمل فيه ووجوب اجرة المثل عند الفساد
ولكونه غير لازم والمال من جانب والعمل من جانب والجعالة يجب البدل فيها بفراغ
العمل وتسليمه ولم يسلم للعامل ههنا شيئا وهذا ما اختاره المزني والاكثرون منهم
المسعودي والقاضي الحسين والبغوي والروياني وجزم بتصحيحه الرافعي في باب الوكالة
وعلى هذا قال ــــ فيكون الجميع لرب المال لانه مالكه وزكاته عليه فكان زكاة راس
المال عليه وهذا ما قطع به الائمة وقال الامام وقطعهم بذلك في راس المال وما يخص
المالك من الربح ظاهر واما قطعهم بوجوب زكاة حصة العامل من الربح فالاحتمال
فيه لائح فانا وان لم نملكه العامل فملك المالك له ضعيف لتاكد حق العامل فيه
فان رب المال لو اراد ابطال حق العامل من حصته لم يجد اليه سبيلا وقد ذكرنا
خلافا في ان زكاة المجحود والمغصوب والمتعذر ولا خفا ان حول الربح ان كان المال
عرضا عندنا حول الاصل لحول الاصل وان كان المال ناضا ففيه من الخلاف ما
ذكرناه في باب زكاة التجارة قال ــــ وله ان يخرجها من المال لانه مؤنة لحق
من اي شي يحسب الذي حكاه العراقيون كما صرح به المحاملي والماوردي وابن الصباغ
وغيرهم ثلاثة اوجه احدها من راس المال لانها وجبت في اصل المال والربح تبع
وهذا الظهر عند القاضي الروياني فعلى هذا بطل من القراض بقدر الزكاة المخرجة
منه والثاني من الربح خاصة كالمؤن وارش جناية العبد المشترى للمضاربة وهذا هو
الاظهر عند الاكثرين ويحكى عن نصه في الام فعلى هذا لا ينفسخ القراض في شي من المال
والثالث ان زكاة الاصل من الاصل وزكاة الربح من الربح لانها وجبت فيهما فلم يختص

اخراجها

160

اخراجها باحدهما وهذا ما قاله ابن الصباغ انه الاقيس وعلى هذا ينفسخ من
القراض قدر ما كان راس المال وحكى المراوزة مع الوجه الثاني وجها اخر وهو ان
ذلك يكون استردادا لطائفة من المال فيكون المخرج من راس المال والربح جميعا على
قضية التقسيط ما لــــ وراس المال ما بقي والربح يكون بما المخرج من راس المال
ولعله من الربح والجميع محسوب على رب المال وينفسخ القراض على هذا في ذلك المخرج عن
المائة والفرق بين هذا الوجه والوجه الثالث الذي ذكرناه عن العراقيين ان المخرج عن
الربح ثم لا يحسب على رب المال من ربحه وفي شافي المهذب الوجه الاول على قولنا ان
الزكاة تتعلق بالذمة وحكى الامام عن بعضهم القطع بكونها من الربح اذا فرعنا على ان الزكاة
تتعلق به وباجراء الوجهين اذا قلنا انها تتعلق بالذمة ثم قال وهذا الترتيب ليس بالمرضي
فلا يتجه تخريج الخلاف على قول زكاة العين بتمام جهة تعلق الزكاة بالجميع قال ــــ
والثاني ان العامل يملك حصته منه بالظهور كرب المال ولانه عقد على عمل بعض
نمائها فوجب ان يملك المستحق من نمائها بالظهور كالمساقاة وهذا ما صححه الشيخ ابو
حامد واتباعه وكذا القاضي ابو الطيب وطائفة وعلى هذا قال ــــ ويجري في حوله
لانها ملكه ومعنى هذا انه يعقد لحصته من الربح حولا ابتداؤه من حين الظهور وهذا
ظاهر نصه في الام والمختصر والاصح لان ملكه ليس على صفة [illegible] وورآه ثلثة وجوه اوردها
حكاه الماوردي وغيره ان ابتداء حوله من حين المحاسبة والمفاصلة لانه من حينئذ يعلم حال
الربح والثاني من يوم تقويم المال على ربه لاجل الزكاة والثالث ان ابتداءه ابتداء حول راس
المال قال ــــ الا انه لا يخرج الزكاة منه قبل المقاسمة لان الربح وقاية لراس المال
وحق رب المال متعلق به فلم يكن له التفرد بذلك من غير اذنه كما لا يملك سائر التصرفات كذلك ويجب
على العامل ان يخرجها من غير قبل قبض المال على وجه [illegible] من الاستقصاء والاصح انه لا يلزمه
قبل القسمة لانه متردد بين ان يحصل وبين ان لا يحصل فكان كمن له دين على ملي جاحد
فلا يلزمه الزكاة ولكن لا يلزمه الاخراج حتى يقبضه وله ان يخرجها من مال القراض في الحال
وما ذكره الشيخ هو ما جزم به المراوزة وحكوا عن العراقيين وجها انه يجوز له اخراجها
من المال وذكر الروياني انه المنصوص والرافعي انه الاظهر ووجه ابن الصباغ بانهما لما عقدا
عقد المضاربة دخلا فيه على وجوب الزكاة عليهما فلم يكن لاحدهما منع الاخر من اخراجها

قال الماوردي ان هذا الوجه مبني على ان الزكاة تتعلق بالعين وهو قريب مما ذكره الامام فانه
قال ويمكن ان يخرج الخلاف على ما ذكرناه من ان الزكاة مؤنة او استرداد طائفة من المال
فان قلنا انه مؤنة فلا يبعد ان يخرجها من عين المال وان قلنا بالثاني فيمتنع عليه اخراجها دون
الاذن فانه يمتنع عليه التفرق في نصيب صاحبه قبل القسمة قال الرافعي ولك ان تقول
الاحسن اخذ الوجهين من هذا المأخذ اذا ثبت الخلاف في ان الزكاة مؤنة او استرداد طائفة
على الاطلاق لكن اورد من الصيدلاني ان يخصص الخلاف بزكاة جميع المال اذا اخرجها رب المال
تفريعا على القول الاول فاما ما يخرجه من المال لزكاة راس المال ونصيبه من الربح فهو استرداد
طائفة من المال فلا يتجه فيه الوجهان لان العامل قد اختص بالتزام ما يخصه فهو محسوب من الربح
ما يخص المالك وقد صرح الامام بهذا الذي اوما اليه الصيدلاني فقال من حقنا ان لا نقول باخذ هذا
الوجهين من المأخذ المذكور اولا ونقول بتخصيص الوجهين بالقول الاول انتهى ولك ان تقول هذا
السؤال وان توجه على الامام لاعتقاده جعل الزكاة المؤنة بالقول الاول لما ابداه من تخصيص
العامل بالتزام ما يخصه من الزكاة على القول الثاني وبملك المالك فهو لا يرد على من لم يخصه به
كالماوردي فيما حسب قال وعلى القول الثاني يجب على رب المال ان يخرج زكاة الاصل وحصته
من الربح وفي محل اخراجها الوجوه الثلاثة وعلى الوجه التي حكيناها عنه من قبل ولا يلزم العامل مؤونة
كلام الماوردي في ذلك ومن جملة الوجوه جعل الزكاة كالمؤن وعلى هذا الحمل انه يقال ما
يخرجه رب المال من المال عن راس المال يحسب نصفه في النصف المختص به من الربح اذا كان النصف
مشروطا له والنصف للعامل والنصف الاخر مختص بنصيب العامل من الربح وهذا بعيد
رب المال عن الربح اذا اخرجها من المال يختص بحصته لانه لا ينسب الى الكتاب سهمها في
نصيب العامل لانه يكملها وقاية لربح المالك وبهذا يندفع استحالة هذا الوجه والله اعلم
وقد حكى المراوزة وراء ذلك طريقين احدهما ويحكى عن القفال القطع بانه لا زكاة على العامل
والثانية ويحكى عن صاحب التقريب اللائق بحرفها قولين كما في المغصوب ونظائره فرع
على القول الاول اذا اتلف رب المال مال القراض للعامل قدر حصته من الربح فلو كان
مال القراض جارية لم يحل لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح لان انتفاءه في المال
المتقوم لا يتحقق الا بالتنضيض واستبعد الامام التحريم عند تيقن عدم الربح قال
ويمكن تخريجه على ان العامل لو طلب البيع في هذه الحالة واباه المالك هل له ذلك وفيه

خلاف

خلاف ماتي وعلى المذهب لو وطئ هل يكون فسخا للقراض فيه تردد للشيخ ابي محمد والاظهر
المنع ولا يلزمه الحد وحكم المهر سبق ذكره فرع على القول الثاني اذا اتلف العامل او
العامل قسمة الربح قبل فسخ القراض ايجبر الاخر عليها لانه لو وقع خسران بعد جبر بالربح
الحاصل قبله فان للعامل ان امتنع ان يقول الربح وقاية لراس المال فلا امن حصول خسران
فاحتاج الى رد ما يقبضه ولرب المال ان يقول لا امنع الربح وقاية لراس مالي فلا ادفع اليك
شيئا حتى اسلمه واذا ارتفع القراض والمال ناض وسلم رب المال راس المال حصل الاستقرار
ووجب قسمة الربح اذا كان ناضا وهل يحصل استقرار ملك العامل على حصته من الربح بارتفاع
عقد القراض وتنضيض المال من غير قسمة فيه وجهان اصحهما نعم وضعف الامام مقابله
وقال ان قائله الاستقرار انه لو طرا نقص على المال كان محسوبا على رب المال والعامل لا يتوقع
الربح وقاية لراس المال ولو فسخ العقد والمال عروض وقد ظهر فيها ربح فاستقرار نصيب المالك
مبني على ان العامل يجبر على البيع والتنضيض ام لا ثم ان قلنا نعم وظاهر المذهب انه
لا استقرار الا بالعمل ما لم يتحصل الربح وقاية وهو وجه ضعيف انه ملك العامل قد استقر
فان قلنا لا يجبر على البيع فوجهان كما لو كان المال ناضا فرع على القولين اذا حصلت
زيادة في مال القراض كثمرة الاشجار المشتراة للقراض ونتاج البهيمة وكسب الرقيق
وولد الجارية ومهرها اذا وطئت بالشبهة فقد اطلق الامام ومن تابعه القول
بانها من مال القراض وقال المتولي ان كان في المال ربح وملكنا العامل حصته بالظهور
فالجواب كذلك وان لم يكن ربح او لم نملكه فمن الاصحاب من عدها من مال القراض بالزيادة
المتصلة وقال عامتهم يفوز بها المالك لانها ليست من فوائد التجارة فان قلنا بالاول قال
في الوسيط هي من الربح وهو قضية ما في التهذيب واورد بعض اصحاب الامام فيما حكاه الرافعي
انها لا تعد من الربح خاصة ولا من راس المال خاصة بل هي شائعة ومما ذكرناه يظهر لك
ماذا يجب على رب المال اذا وطئ جارية القراض فرع وان اشترى العامل
اباه اي سواء كان باذن رب المال او بغير اذنه كما ذكره القاضي حسين قال ولم يكن في
المال ربح صح الشراء لانه يمكن بيعه في التجارة فلم يكن على المال ضرر ثم ان وقع قبل ظهور ربح
في المال فلا كلام وان بقي حتى ظهر في المال ربح فان قلنا لا يملك العامل بالظهور شيئا لم يعتق
وان قلنا انه يملك حصته من الربح بالظهور فوجهان اظهرهما عند القاضي حسين

والرافعي وجزم به في الوسيط انه يعتق عليه لتحقق ملكه لكن هل يعتق جميعه او
بعضه شطران فان كان نصيب العامل من الربح قدر ثمنه عتق جميعه وان كان اقل عتق
منه بقدره وقوم عليه نصيب رب المال ان كان موسرا وان كان معسرا استقر الرق
في نصيب رب المال قال السبكي وانفسخ القراض في ذلك القدر لانه قد تميز
نصيب العامل عليه وحكى الامام وجها عند يسار العامل انه لا يسري العتق لانه عتق
حصل في الدوام من غير اختيار من جهته فاشبه الارث وبهذا جزم في الوسيط والثاني
لا يعتق عليه لان ملكه ضعيف اذ هو وقاية لراس المال قال وان كان فيه ربح اي
وفرعنا على ان العامل يملك حصته بالظهور فقد قيل لا يصح لانه لو صح لملك حصته ولو ملك
حصته لعتق عليه وذلك يودي الى تنجيز حق العامل قبل حق رب المال وهو ممتنع فمنعنا ما
يودي اليه وقيل يصح ويعتق عليه كالعامل المشهور اذا اشترى من يعتق عليه وعلى هذا قال
المحاملي ان كان نصيبه من الربح قدر ثمن الاب عتق عليه جميعه قال الماوردي بالثمن دون القيمة وبطل
عقد القراض في الباقي وصححه الروياني وان كان نصيب العامل من الربح اكثر من ثمنه لان اخذ بعض الربح
كاخذ جميعه في الفسخ وان كانت حصة العامل من الربح اقل من ثمن الاب مثل ان كانت قدر
نصفه عتق منه بقدره وسرى الى الباقي ان كان موسرا وهذان الوجهان مفرعان على قولنا انه يعتق
عليه فيما اذا اشتراه ولا ربح في المال ثم ظهر وقيل يصح ولا يعتق عليه لضعف ملكه كما ذكرنا
اما اذا قلنا العامل لا يملك الربح الا بالقسمة صح الشرا وجها واحدا ولا عتق حتى يحصل منه
وسلك الامام طريقا اخر فقال اذا كان في المال ربح فهل يصح الشرا في قدر حصة العامل
من الربح فيها قولان ذكرهما صاحب التعريب وجعل الرافعي اظهرهما الصحة فان قلنا لا يصح في
نصيبه فهل يصح في غيره فيه قولا تفريق الصفقة وان قلنا يصح في نصيبه فهل يعتق عليه
فعلى قولين ذكرهما صاحب التعريب وهما مخرجان من القولين في عتق الراهن وهذا كله اذا
وقع الشرا بعين مال القراض فان وقع في الذمة وصرح العامل بالسفارة بحيث
قلنا يقع للقراض عند الشرا بالعين فحكم ذلك الحكم في هذا ايضا وحيث قلنا لا يقع للقراض
فهل يقع للعامل [illegible] يجري فيه الخلاف المذكور في الوكالة وان لم يصرح بالسفارة لكن
نوى القراض فحيث يقول بالصحة للقراض عند التصريح وانه يعتق على العامل فكذلك هنا
وحيث يقول يقع للقراض عند التصريح ولا يعتق على العامل فهنا هل يقع له ويقبل منه دعواه

في ذلك ام لا فيه قولان ذكرهما صاحب التعريب قال وان اشترى سلعة بثمن في الذمة
اي قدر راس المال وهو الف مثلا وتلف المال قبل نقد الثمن اي وتعذر العقد لزم
رب المال الثمن لان العقد وقع صحيحا والملك لرب المال فلزمه الثمن كما لو دفع اليه وكيله الفا
وامره ان يشتري عبدا فاشتراه وتلف الالف بعد العقد فانه يلزمه الفا اخر ليسلمه
وعلى هذا لو دفع اليه الفا ولم يجب بدله وصار الحال يتصل البائع وقيل يلزم العامل الحج
لان اذن المالك لم يتضمن التصرف على وجه يلزمه غير ما دفع ولا سبيل الى ابطال
العقد لكونه وقع صحيحا فانقلب الى العامل كما لو عقد الحج عن غيره ثم افسده
الاحرام فانه ينقلب اليه بعد ان كان للمستاجر لانه خلاف الماذون فيه كذلك
ههنا وهذا ما اختاره ابن سريج واختاره في المرشد وهو ظاهر النص فانه قال
اذا دفع اليه الفا قراضا فاشترى العامل عبدا بالف وتلفت الالف قبل ان
يدفعه الى البائع كان المبيع للعامل والثمن عليه ولا شي على رب المال قال ابن
سريج ومسالة الوكيل فيها وجهان احدهما ان المبيع يلزم الوكيل وعلى الثاني
فالفرق ان الوكيل ماذون له في شرا السلعة وقد وجب فلزمه الثمن والعامل انما دونه
فيه التصرف فيما دفعه اليه اولا فلا يلزمه فلا يلزمه الزيادة عليه والقائلون بالاول
حملوا النص على ما اذا تلف الالف قبل عقد العامل فانه يلزم العامل وجها
واحدا لانفساخ القراض وقد بنى الماوردي هذا الخلاف على خلاف سابق فيما
اذا دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدين ويتلف احدهما فالاول مبني على قولنا
ان احد العبدين يتلف من الربح والثاني مبني على قولنا ان العبد يتلف من راس المال
قلت ويشبه على خلاف ذكره الاصحاب عند الكلام في العبد الماذون وهو
ان الالف لو تلف هل يطالب رب المال بالتمام لا واصحهما انه يطالب فان
قلنا به فينبغي ان يلزمه عند التلف اخر ليخرج من المطالبة وان قلنا انه لا
يطالب فلذلك [illegible] قصدا اذنه على دفعه فلا يلزمه غيره ويقع العقد للعامل
فرع اذا قلنا بالاول فهل ينفسخ عقد القراض قال في المطلب فيه
التردد في مجموع المحاملي وابداه الامام احتمالا واجاب في المرشد وحكى تعليق
البندنيجي والشامل وغيرهما انه لا ينفسخ والحاصل بعض راس المال الفا او العين

فيه وجهان المذكور منهما في الحاوي الثاني وهو الذي جعله البندنيجي المذهب فال ان
الاول ليس بشي واذا قلنا انه لا يفصل عن الالف الاول والثاني فيه وجهان في الرافعي
وذكر ان مأخذهما يظهر من خلاف الالعنى في صفه الصحة وعنهما او المذكور في العامل
وتعليق القاضي الحسين انه الالف الثاني وبه قال الامام الوجهين في ان راس المال الف او الفان
على خلاف سيذكر في ان راس المال هو الالف او الفين ملفت احدهما قبل التصرف
فهل يلفه من راس المال ام لا ان قلنا من راس المال كان راس المال هو الالف والالفين
قال وان دفع اليه الفين فتلف احدهما قبل التصرف تلف من راس المال في احد الوجهين
ثم ان قلنا قبل القبض يكون راس المال الفا واحدا وهذا ما صار اليه اصحابنا كما قال ابن
الصباغ والبندنيجي وصححه الجمهور وقال الشيخ ابو حامد فيما حكاه ابن الصباغ انه طاهر المذهب
لان المزني نقل في الجامع الكبير انه قال اذا ذهب بعض المال قبل ان يعمل ثم عمل فربح فاراد
ان يجعل البقية راس المال بعد الذي تلف فلا يقبل قوله ويوفي راس المال من ربحه حتى اذا وفاه
اقتسما الربح على شرطهما وقد قام المراوزه ان الوجهان مع الاول قال وان تلف بعد
التصرف فهو الربح يلف من الربح ولم ينفسخ المضاربة فيه لانه تصرف في راس المال لانا جعلنا
شيئا من الربح حتى يرد ما تصرف فيه الى المالك والمراد بالمشتري ان يشتري بها شيئا
ثم يبيعه وينقص ثمنه وقد حكى الامام عن بعض طائفه ان التلف من وقع جرى خلاف في ان
راس المال هل ينقص ام لا وانما النقصان الذي يجبر بالربح هو للخسران والانحطاط
الاسواق فاما تلف بعض المال فيخرج على الخلاف وان على الوجه الصائر الى نقص راس
المال يكون النقص في هذه الحاله داخلا على راس المال والربح ثم قال وهذا تخبيط
وتخليط والصحيح الاول قال وان اشترى عبدين فتلف احدهما قبل
قبل يتلف من راس المال وينفسخ المضاربة فيه لانهما قاما مقام الالفين فيتلف
احدهما كما لو تلف بعض الالفين وقيل يتلف من الربح وهذا الاصح لما ذكرناه من قبل وهذا
الخلاف حكاه القاضي الحسين عن ابن سريج فيمن نص في امالي حرمله ولا يحسن انه مفرع على
القول بان المراد الالف الاخر اذا تلف يتلف من راس المال كما ذكر الشيخ اما اذا
قلنا ان الاخر الالف المراد الالف يحسب من الربح فهنا اولى لتعلم ان محلها كما ذكرناه من كون
الالف تحسب من راس المال ويجبر بالربح مفروض فيما اذا حصل التلف بآفة سماوية

والحق

والحق به السرقة والغصب الا ان تعذر اخذ البدل منهما اما اذا كان التلف بفعل ادمي
من اهل الضمان نظر فان كان اجنبيا فقد قال الامام ان القراض لا ينفسخ وكذلك لو اتلفه
كله ثم يوجد البدل من المتلف ويستمر القراض والعامل يستقل بالمطالبة وحكى القاضي الحسين
ذلك عن العامل في الاولى وبنيه عما اذا كان الاتلاف بعد التصرف اما اذا كان
قبله فانه ينفسخ القراض لانه لم يتعلق به حق العامل بعد وقال انه ذكر في الثانيه
ان الاتلاف اذا حصل ولم يحصل في المال ربح فهل ينفسخ عقد القراض فيه وجهان احدهما
نعم والثاني يوجد القيمة من المتلف ويجعل قراضا وان كان فيه ربح فعلى الاول العامل
يطالبه بحصته وليس له ان يخاصم عن رب المال وعلى الثاني له ان يخاصم عن رب المال ويأخذ
جميع القيمة ويتصرف فيها وهذا التفريع يدل على ان في انفساخ عقد القراض في حاله
الربح ايضا قولان وان كان رب المال هو المتلف كما لو استرد المال وكان التلف
المفضي الى فسخ القراض فيه قال القاضي الحسين وكذلك اذا اتلف العامل كله كما لو
لو استرد شيئا من المال يفسخ العقد في ذلك القدر والفرق بينهما وبين الاجنبي
ان لهما الفسخ فلذلك جعلنا ذلك فسخا ووافقه الامام على ذلك الامر وجعل في حق العامل
بانما ابدى به يعد الضمان لا يسع ملحا لرب المال فكيف يبقى القراض وسر الرافعي
قول الامام بان العامل وان وجب البدل عليه فهو لا يدخل في ملك المالك الا
بقبض منه وحينئذ يحتاج الى استئناف القراض ثم قال والمالك يعود
ذلك واوجه في ان مال القراض اذا غصب او تلف من الخصم فيه وجهان اظهرهما
انه للمالك ان لم يكن في المال ربح وبها جميعا ان كان في المال ربح والثاني ان
للعامل المخاصمة على حال حفظا للمال ويشبه ان يكون الجواب المذكور في الاتلاف
الاجنبي مفرعا على ان للعامل المخاصمة وبعد فمن قال انه وان لم يكن
خصما للحر اذا خاصم المالك واخذه عاد العامل الى التصرف بذلك
القراض لزم مثله فيما اذا كان العامل هو المتلف قلت ما
ابداه اولا هو عين ما حكيته عن القاضي الحسين وما ابداه ثانيا من الاتلاف
العامل ينبغي ان يكون كالاتلاف الاجنبي حتى لا ينفسخ القراض وهو ما حكيناه
عن ابن يونس وان كان الاتلاف قبل التصرف لكن كلام لا يندفع بهذا السؤال والله
اعلم

فرع اذا كان عمل العامل يحسن مائة واجرته رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقي
فبلغ المال الفا كان فالربح منه مائة واحد عشر درهما وتسعا تسعم سهمان انفصلا
على حسب ما شرطاه لانه لما اسقط المائة تعطلت سهام الخسران بنسبتها فانعدم من الربح
بالنسبة وهي نسبة الخسران في المائة احد عشر وتسع درهم وعلى هذا فقس قال
والقول قول العامل فيما يذكر انه اشتراه للمضاربة او لنفسه لانه يشتري لنفسه
تارة وللمضاربة اخرى وانما يتميز ذلك بالنية والقصد فعند الاختلاف فمرجع
الى النية والقصد وهو اعلم بهما ولانهما اتفقا على وقوع العقد واختلفا في صفته فكان القول
قول فاعله ولا فرق في ذلك بين ان يكون فيما ادعى شراه لنفسه ربح ام لا ولا بين ان يكون
فيما ادعى شراه للمضاربة خسران ام لا وعن ابن سريج فيما اذا كان فيه خسران انه يحكي وجه قول
اخر ان القول قول رب المال بما علمنا ماله التسامح من القولين فيما اذا ادعى الوكيل
الشرا والبيع وكذبه الموكل فرع لو ادعى العامل البيع فكذبه رب المال فقد قال
في الوكيل وقيل يقبل قول العامل جزما وهو الاظهر في البحر فرع لو اقام رب المال
بينة ان العامل اشترى بمال القراض عبدا فادعى العامل انه اشتراه لنفسه فعن وجهان
احدهما قال ابن ... انه يحكم بان ذلك للقراض والثاني لا يحكم به لانه يجوز ان يكون قد
اشترى لنفسه بمال القراض عدوانا فهذه العدوى فلا يكون للقراض لبطلان البيع وهذا انما
يصح اذا ورد العقد واحتاط في المسند وقال ان العين يرجع من يده فترد الى ما كان عليه وبعد الثمن
الى مال القراض قال وفيما يدعي من هلاك لانه انما اشترى لرب المال لانه فهو
كالوكيل والوكيل امين وقوله في الهلاك مقبول اذا لم يسند الهلاك الى سبب ظاهر
اما اذا اسنده فلا بد من اثبات السبب كما ذكرنا في الوديعة قال وقيل العامل يستحق
على اجرا وجزءا من الربح فهلا ضمن كالاجير المشترك على قول قلنا الفرق بينهما ان
الاجير يحصل له المنفعة وهي الاجرة فانه يملكها بالعقد وتتاخر المنافع ثم ملك فكان المعاملة
في يده حقه فصار كالمستعير وهنا المنافع يجلب لرب المال وهي العمل وتاخر منفعة العامل
فعليه في العوض المالك فلم يضمن كالمودع وحكم دعوى العامل الخسران وحكم دعواه التلف
مفصل فقوله وان كان قد ادعى انه ربح قال القاضي الحسين وذلك اذا كان ما يقوله يحتمل
فان كان غير محتمل مثل ان يدعي خسران الوف في سلعة واحدة فلا يقبل على ما قاله حرى الرياني

والقول

والقول قال ويدعي عليه من خيانة لان الاصل عدمها ومن جملة دعوى الخيانة ان يقول
رب المال اشتريت هذا العبد بعد ان نهيتك عن شراه ويخصص قول العامل في هذه الصورة
بان الاصل عدم النهي قال وان اختلفا في رد المال فقد قيل ان القول قوله لانه
قبض العين لمعظم منافعها لمالكها كما ذكرنا فيقبل قوله في ردها كالمودع والوكيل بغير
جعل وهذا ما صار اليه المراوزة واختاره في المرشد وقال القاضي ابو الطيب انه المذهب
وقيل القول قول رب المال لانه قبضها لمنفعة نفسه وهو الربح فاشبه المرتهن وقد تقدم
في باب الرهن ما ذكر من الفرق بينه وبين نظائره ومن صور القول في التلف دون الرد قال
وان اختلفا في قدر الربح المشروط للعامل تحالفا صورة ذلك ان يدعي العامل انه شرط له النصف
فيقول رب المال بل الثلث تحالفا لانهما اختلفا في العوض المشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين
اذا اختلفا في قدر الثمن واذا تحالفا كان جميع الربح لرب المال وللعامل اجرة مثله وان زادت على
نصف الربح وقيل لا يستحق ما زاد على نصف الربح ولو اختلفا في قدر ما حصل من الربح فالقول
قول العامل فلو قال العامل انه ما ربح قال انما قلت ذلك خوفا من انتزاع المال من يدي
لم يقبل منه وهل له احلاف رب المال قال في البحر ان ذكر شبهة محتملة استحق احلافه وان
لم يذكر فوجهان وقد قال ابن سريج وان جبران انه له احلافه والثاني وبه قال ابو اسحاق لا
عملا بقوله السابق ثم اذا لم يطلب احلاف رب المال لكنه ادعى بعد ذلك خسرانا قبل منه
ولا يبطل امانته بالقول السابق هكذا قال اصحابنا ونسبه الروياني الى نصه قد احكاه
الرافعي عنه وكلامه في البحر يشير الى الحكم المذكور قال وان اختلفا في قدر راس نعم
المال اي مثل ان قال المالك انه الفان وقال العامل انه الف فالقول قول العامل
لان الاصل عدم قبضه لما يذكره وقيل ان كان في المال ربح تحالفا لانهما اختلفا فيما يستحقه
العامل من الربح وليس بشيء لان الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فلذلك
تحالفا وهنا الاختلاف في وقوع القبض فلا تحالف فيه كما لو اختلفا في قبض المبيع البيع
فرع لو اختلفا في اصل القراض فقال رب المال دفعته اليك لتشتري لي به وكالة
وقال من بيده المال بل قراضا فالمصدق رب المال فاذا حلف اخذ المال وربحه ولا شيء
للاخر قال ولكل واحد منهما ان يفسخ العقد متى شاء لانه عقد يشتمل على التاجيل
ولا يفتقر الى مدة معلومة ولا عمل معلوم فاشبه الشركة والوديعة ولانه في ابتدائه وكالة

لانه انتفاع لرب المال وفي انتهائه به فعلى هذا ان قلنا العامل يملك بالظهور او
جعالة ان قلنا لا يملك وكل من هذه العقود يمكن كل من عاقديه فسخه متى شاء فتركه بعدا
ونحوه يفسخ هذا العقد بلفظ الفسخ وبقول المالك للعامل لا تتصرف بعد هذا والمالك
استرجاع المال منه وهل ينفسخ ببيع المالك ما اشتراه العامل للقراض كما ينعزل الوكيل
ببيع ما وكل في بيعه او لا ينعزل ويحمل فعله على الاعانة فيه وجهان اشبههما الثاني وبها جاز ان
يحال لو حبس العامل ومنعه من التصرف او قال لا قراض بيننا قال وان مات
احدهما او جن او اغمي عليه انفسخ العقد كما في الوكالة والمراد قال واذا انفسخ
وهناك عرض فباعه ساغ جاز لان الحظ لهما قال وان طلب احدهما البيع لزمه بيعه
لان حق العامل في الربح وحق المالك في راس المال ويحصل كل من الحقين موقوف على البيع بعض
عند الطلب والعامل له هو العامل (ثم وارث احدهما) حكم مورثه ولا يحتاج العامل
عند بيع المال الى اذن من وارث في البيع خلاف ما لو مات العامل فان وارثه يحتاج
الى اذن رب المال وفي التتمة حكاية وجه في العامل انه ايضا لا يبيع الا باذنه وجار في
انتهاء الدعوى ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يطلب البيع في زمن كساد العروض او رواجها
والاصح ان يتوكل العامل بلا عوض من الربح عند طلبه البيع ام لا واذا قلنا ان العامل
لا يملك الا بالقسمة فدفع له رب المال قدر حصته من الربح ان كان فيما بيعه العروض وابى
العامل الا البيع ان المالك لا يجبر عليه على وجه في المهذب وبه قطع الشيخ ابو حامد والقاضي
ابو الطيب وهو بعيد في الحالة الاولى لان المستأجر اذا اراد ان يبيع بسعر المستغرق في اجرته
بعد جهوده في العارية ليتملكه عليه جاز لدفع الضرر وههنا اولى وهذا ما صححه في البحر
واذا ترك العامل الربح لرب المال مع طلبه البيع لا يجبر العامل على البيع على وجه في المهذب
وعن وقال في الوسيط ان العامل اذا ترك حقه لرب المال على القول الذي فرعنا عليه
وهو ان العامل لا يملك الا بالقسمة هل يسقط حقه فيه وجهان فان لم نجبره في اجابته
الى البيع عند خلو المال عن الربح والظاهر منهما ولم يذكر ابو محمد وابو علي والقاضي حسين انه
يجبر ويجزم العراقيين وجزم في الوسيط بانه لو كان المال لم يكن فيه ربح وطلب العامل البيع
لا يجبر عليه رب المال الا ان يوجد من يشتريه بزيادة على راس المال وحكى الامام مع ذلك
وجها انه يجبر على البيع لاحتمال ان يصادفه زبونا وهو ما جعله القاضي حسين الكافي قال

الامام

الامام وعند هذا يتجه ان لا يتقيد بثمن المثل وعلى الاول لو اتفق ارتفاع الاسواق
وظهر ربح بعد ذا العروض على المالك فهل للعامل طلب نصيبه من الربح فيه وجهان اظهرهما لا
جزم الماوردي بالمنع منه لظاهر كلام الشيخ وهو بيع جميع العروض عند الطلب
والذي قطع به المحصول ذكر الامام ان الذي يلزم بتنضيضه قدر راس المال لانه الملتزم
بعقد القراض واما الماوردي فحكمه حكم عرض آخر مشترك بين اثنين لا يكلف واحد منهما بيعه ولا الزام
الماوردي والقاضي ابي الطيب مطلق كلامهم ما ابيع به العروض قال الاصحاب ينظر ان كان راس
المال من نقد البلد باع به والا باع بما يرى فيه مصلحة من راس المال او نقد البلد ثم يحصل به راس
المال كما لو كان في يده عند الفسخ نقد من غير نوع راس المال ولم يرض به المالك او كان ما في يده من
نوع راس المال لكنه مكسر وراس المال صحاح وعلى الاصح لو اراد ان يشتري بما في يده عرضا ليبيعه
بنوع راس المال ففيه وجهان اصحهما في الرافعي الجواز ووجه المنع يشبه عرض المبيع عليه
قال وان كان هناك دين لزم العامل ان يتقاضاه لانه دخل في العقد على ان يرد
راس المال وذلك لا يحصل بدون ذلك هذا ما قاله في المهذب وحكى الرافعي عن الاصحاب انهم
وجهوا ذلك بان الدين ناقص وقد اخذ منه ملكا كاملا فليرده كما اخذه وقال من الخلاف
بينهم ان راس المال لو كان ناضا لاجبر العامل على تنضيض من آخر وهو موافق لحسه
قبل من الزم لا يجب على العامل بيع ما زاد على قدر راس المال وقد صرح في المرشد بان العامل
يجب عليه تنضيض جميع الدين وان كان زائدا على راس المال وخص صاحب الوجه على وجوب
التقاضي على العامل بما اذا كان ربح اما اذا لم يكن فيه وجهان ومعنى قوله الحاوي
طلب قضاء واستيفاء وقوله ليتقاضى اي ليتصير هذا حاصلا وهو بكسر النون ما تحول من عامة
المال ويصير عينا قال وان قارض في المرض اعتبر الربح من راس المال ان زاد على
اجرة المثل لان المعتبر ما يخرج من المالك والربح ليس العامل لا من ماله هكذا اشترطه لم
يكن مملوكا لرب المال والفرق بينه وبين العامل في المساقاة اذا شرط له الثمر اجرة
المثل حيث يعتبر من الثلث على المذهب ان الثمرة لا تحصل من العمل بدليل الحادثة وان لم
يعمل وانما حصلت من نفس الشجر فكان بمنافع الدار قال وان مات وعليه دين
قدم العامل على سائر الغرماء اي ان قلنا انه لا يملك بالظهور فلم يعلق حقه بعين المال الا
بتعاقد من المريض وليس الوليه احد حقه من عين ما صرح به في المهذب فلا يشترط للعامل

زايدا على اجرة مثله من الثلث صرح به الماوردي وفي خصم الباب بفروع نفعلوبه ليس للعامل التصرف في الخمر شرا وبيعا وان كان ذميا فلو خالف واشترى خمرا او خنزيرا او ام ولد ودفع ثمن ذلك عن علم فهو ضامن وان كان جاهلا فكذلك على الاشهر وقال الامام في الخمر دون ام الولد اذ ليس عليها امارة نعرفها وفي التهذيب عن بعضهم التسويه بين الخمر وبينها في عدم الضمان قال الرافعي والعرضه وحد نقله في الشامل انه لا يضمن حالة العلم ايضا ولو قارضه على ان ينقل المال الى موضع كذا ويشتري من امتعته ثم يبيعها هناك او يردها الى موضع القراض فالذي ذهب اليه الاكثرون كما قاله الامام فساد القراض لان نقل المال من قطر الى قطر عمل زايد على التجارة فاشبه شرط الطحن والخبز وقال ما اذا اذن له في السفر فان الغرض منه رفع الحجر وعلى الاسناد اي اسحاق وطايفة من المحققين ان شرط المسافرة لا تضر فانها الركن الاعظم في الاموال والبضايع للخطر ولو قال خذ هذه الدراهم قراضا وصارف بها مع الصيارفة مع صحته وجهان ولو اخلط العامل مال القراض صار ضامنا مع هذا الاشتغال عن التصرف والربح مقسوم في راس المال كما شرط صرح به الامام والدليل لو قارضه رجلان هذا على مال وهذا على مال خلط احدهما بالاخر ولو اشترى بمال كل واحد منهما عبدا او اشتبها ففي قول يباعان ويقسم الثمن بينهما على التسويه فان زاد ثمنهما على راس المال قسم الربح كما شرط وان نقص لزم العامل النقص وهو مجهول عند العاجزين على ما ادا المرتهن بسببه انحطاط الاسواق وفي قول يكون ما يصار الملك لهما الى العامل ويغرم لهما ثمنهما بالتسويه فان زاد فذاك وان نقص غرم قدر النقصان لانه مقصر بالنسيان وقيل لا يغرم الا قدر راس المال وهو الذي صار اليه الا قدرين وقال الامام الغاس مذهب بالقدر الاول وهو ان يبيع العبد لكن لها على الاستشكال الى ان يصطلحا لو دفع اليه الفا قراضا ثم الفا اخر وقال ضمه الى الاول فان لم يتصرف بعد في الاول جاز وكان راس المال وان تصرف لم يجز القراض في الثاني ولا الخلط لان حكم الاول قد استقر بالتصرف ربحا وخسرانا وربح كل مال وخسرانه يختص به والله اعلم بالصواب

باب العبد الماذون

اشتقاق العبد من الخضوع والتذلل يقال طريق معبد اي مذلل وعبدت فلانا اي اخضعته لذلك قال اذا كان العبد بالغا رشيدا جاز للمولى ان ياذن له في التجارة قال الرافعي بالاجماع ولانه اهل للتصرف والمنع كان لحق الغير فاذا اذن فقد ارتفع المانع واستشكل في صحته للاذن بدفع اليه السيد الا ليتجر فيه بل يجوز ذلك ويجوز ان يأذن له في ان يشتري على ذمته كذا اطلقه ابن الصباغ في اواخر باب القراض وظاهره يقتضي انه لا يحتاج عند الاذن في الشرا في الذمة الى التفسير بعين

معلوم

معلوم لان ذلك لا يثبت في ذمة السيد كما صرح به ابن القطان في الفروع به ابن الصباغ في النكاح فانه قال ان المهر في ذمة العبد لا يتعلق الى تعيين المهر ولا الزوجه ثم من قال من اصحابنا ان السيد يشتري له كالبالغ يلزمه تعيين جنس التجارة وهو ان يشترط تعيين ما يتجر فيه لما في تعيين التصرف من الاضرار بالسيد وهل يشترط تعيين ما يتجر فيه المنقول عن الماوردي اشتراطه واحسان الصعلوكي في الحلية انه لا يحل له التصرف في انواع الاموال ولا يجوز للعبد اذا دفع اليه السيد مالا ليتجر فيه ان يشتري باكثر منه الا ان يقول له اجعله راس المال وتصرف واتجر فله ان يشتري باكثر من القدر المدفوع وله في كل حال عند الاطلاق ان يعقد على ما دفعه له السيد بعينه وفي الذمة قال وما يكتسبه يكون لمولاه ان اشترى بما دفع اليه من المال فهو عوض ماله وان اشترى في الذمة فالمشترى من اكسابه وهي لسيده قال وما يلزمه من دين التجارة يجب قضاوه من مال التجارة لما قال ابن الصباغ انه لا وهو في ذلك المال الربح وراس المال ومن هذا يظهر ان مال التجارة كالرهن بحقوق الغرما لانه متعلق بها مع ذمة العبد كما صرح به النابه ويتعلق بالرقبة وغيرها مما يأتي قال وان ركبته ديون اتبع بها اذا عتق اي ولا تتعلق بذمته لانه دين لزمه برضا مستحقه فتعلق بذمته دون رقبته كما لو اقترضه بغير اذن السيد ولانه لا يتعلق برقبته لا يتعلق بالجناية عليها ولا بالمهر اذا كان الماذون له حاويه وقد وطيت مستحق بعه واعلم ان قول الشيخ فان بقي شي اتبع به اذا عتق مع الذمة الاول يدل على ان يجعل احدهما ان دين المعامله يثبت في ذمة العبد ولا يتعلق به شي من اكسابه من احتطابه ونحوه والثاني انه لا يتعلق به السيد كما صرح به ابن الصباغ وقد حكى الامام في تعلق دين المعامله باكساب العبد من احتطاب ونحو وجهين اصحهما التعلق مع قطعه بانه لا ينفذ تصرف العبد فيه وصاحب التهذيب اجرا الوجهين في نفوذ التصرف ايضا وصحح وجه التعلق به والتصرف وعلى هذا اذا فضل عليه شي من الدين بعد القسمه استمسك الى ان يوفيه فان لم يتفق الوفا حتى عتق قال الامام فلا شك انه مطالب فانه لا يتصور ان يتعلق دين بالكسب الا وهو متعلق بالذمه ثم اذا ادى فهل يرجع على مولاه فيه وجهان اظهرهما في الرافعي عدم الرجوع وحكى الامام ايضا في مطالبه السيد بدين التجارة ثلاثة اوجه احدها لا كما دل عليه كلام الشيخ لان السيد بالاذن قد اعطاه استقلالا لا يشترط من معامله فصار الطمع على ما في يده وذمته والثاني انه مطالب لان العقد وقع له فكانه المشتري او كان العبد وكيل والموكل مطالب بثمن ما يشتريه الوكيل وذلك السيد وهذا ما صحح الرافعي وصار اليه العراقيون والثالث ان السيد لا يطالب اذا كان في المال الذي بيد العبد وفا

وان ما نحن فيه وفا الدين طولب قال الامام ولا خلاف في ان العبد يطالب في حال الرق
وبعده بخلاف الوكيل على راي لان عقد العبد يعتمد اسبابه وهي مطلوبة لتسليمه فلا يبقى
تعلق المطالبة بالكسب ما لم يتعلق بالذمة وامر السيد للعبد في الابتياع استخدام
يجب عليه امتثاله فافضى الامر الى ذلك بخلاف الاجنبي وان ذلك مفقود فيه وانما يطالب العبد
ثم بها ابتاعه فهو مطالب بما اقبضه ثمنا مما خرج مستحقا وقد باعه وتلف ما قبضه في يده
وهل يطالب به السيد فيه الاوجه المذكورة وضعف الامام الوجه الصائر الى عدم المطالبة
وقال لولا انه في التقريب لما رأيته لم احكه وحكى عن ابن سريج ان السيد ان كان دفع
اليه عين ماله وقال بعها وخذ ثمنها واتجر فيه او قال اشتر هذه السلعة وبعها واتجر في
ثمنها فيطالب به ظهور الاستحقاق فالسيد مطالب وان استقل العبد بالشرا دون تعيين
السيد فلا يطالب السيد وحكى الامام وجها في ان العبد في هذه المسئلة لا يطالب اصلا
لانه كان نائبا مستعارا فيه بيد سيده وقال انه مزيف فرع اذا دفع السيد للعبد الفا
للتجارة فاشترى العبد شيئا في الذمة بالف وتلفت الالف قبل القبض فالصحيح عند المراوزة
ان العبد يلزمه الف بدله وقيل لا يلزمه فعلى الاول اذا اخذ السيد الالف في الثمن ما ينفسخ
العقد كما ينفسخ تصرف العبد في الالف بالتلف ام لا بد من استئناف اذن فيه وجهان وعليه
ينبني فسخ العقد بامر رأيه المشتري فان قلنا لا يتصرف العبد في الالف فقد انعزل
تلف الالف الاول وان قلنا يتصرف فهو باق على الاذن فينعقد فسخه وعلى الثاني هل ينفسخ العقد
بالورود على عينه او يقول السيد بالخيار ان شاء دفع الالف واستمر العقد وان سلم
… وينقض للبائع فسخ العقد حسبما فيه وجهان بناهما الاكثرون … اي محمد والد
امام الحرمين واولهما احتمال العاصمي الوجهان في الاصل هل العرض متعين على نظير
المسئلة في القراض وقد حصل حاصل ما ذكرناه عند الاصحاب الى ثلاثة اوجه وحكى
الرافعي معها وجها رابعا ان الثمن يكون في ذمة العبد فرع والاصح انه يجوز
فيما اذن له فيه ان يتصرف بحكم الاذن فقط على محل الاذن بالمضاربة فلو اتجر فيما لم يأذن له
وطرا به بعض المال بطل وحكي فيه قول وقف العقود وان كان في الذمة فهل يصح حكمه
حكم غير المأذون اذا اشترى شيئا بثمن في ذمته وفيه قول ان احتمال الاصطخري وابي اسحاق
لاحتماله في النسب المتبع وهو الذي صححه الرافعي وحكى الامام عن … وصاحب التهذيب

القطع

القطع به وعليه يدل كلام ابي الطيب من بعد واحسانه ابن لمن هي مسئلة الصحة وهو ما حكاه
في المرشد وقال في كتاب المفلس ان الوجه الاظهر في شرح التلخيص انه المذهب لانه محجور عليه
لحق السيد فيمتنع تصرفه فيما لا ضرر عليه فيه كالمفلس وفرق الامام بينهما بان المفلس من اهل
الملك بخلاف العبد وعاد النشر امكان الملك للمشتري وهذا الخلاف يجري في عقود المعاوضات
الصادرة منه سوى النكاح كذا ذكره الاصحاب في باب الضمان فعلى الاول لا يحق للمالك ان
المالك من يده تعلق برقبته وما المتعلق بها المذهب انه القيمة وفي باب الاقرار من النهاية
وجه انه يمتنع المعقود وعلى الثاني الملك راجع للعبد او السيد فيه وجهان في الرافعي المرجح
منهما في النهاية الاول ونسبه الى العراقيين وقال انهم قالوا السيد بالخيار بين ان يقره عليه
وبين ان ينزعه من يده وللبائع الرجوع الى عين المبيع ما دام في يد العبد فان نزعه السيد
من يده امتنع عليه الرجوع في هذه الحالة وابدا احتمالا في جواز الرجوع … الرافعي و…
وقال على قول وقوع الملك للسيد لو علم البائع … لم يطالب بشيء حتى يعتق العبد فيطالبه
وان لم يعلم فهو بالخيار بين ان يصبر الى ان يعتق العبد وبين ان يفسخ ويرجع الى عين ماله وحكى
الامام في باب المفلس وجهين فيما اذا علم البائع برق المشتري حالة العقد احدهما يثبت
الخيار وهو الذي حكاه ابو علي في الشرح والثاني حكاه عن ابيه لا خيار وحكى بعد ذلك وجها
في المسئلة … اي على القطع بعدم الفسخ هنا اذا كان الثمن مؤجلا ولم يحل ولا اذا حل وابدا
لنفسه احتمالا فيما اذا حل فرع هل يجوز للعبد غير المأذون قبول الوصية والهبة من
غير اذن السيد فيه وجهان احدهما للاصطخري المنع واصحهما الصحة لانه اكتساب لا يستعقب
عوضا فاشبه الاحتطاب وادعى الامام ابو الطيب في باب الوصايا انه الذي قاله اكثر
الاصحاب وانه المذهب قال ومثل هذه المسئلة اذا اشترى العبد من حلف … بما يملك رقبته
هل يصح البيع ام لا فيه وجهان احدهما يصح ويملك السيد ما اشتراه العبد ويعتق
رقبته بنفعه البائع فيه اذا عتق فرع وان اذن له في التجارة لم يملك الاجارة
نحو جماعة … ويملك البيع والشرا والمطالبة بالاثمان وقبض السلع والرد بالعيب
وطي … ونشرها ونحو ذلك مما جاز للعامل في القراض لانه مقصودها واطلق الرافعي
القول بان له المخاصمة في العهدة ونحوها وقد ذكرنا خلافا في ان عامل القراض هل له المخاصمة
عند غصب مال القراض او اتلافه وينبغي ان يكون هنا مثله فرع وهل يملك ذلك

في مال التجارة اي بالعبد والدوابه لان المنفعة من فوايد الملك فملك العقد عليها كالصوف واللبن
ولان التجار يعتادون ذلك فجرى الاذن عليه ولا يملكه في نفسه لا يتناهيا المعنى وهذا هو الاصح
في الرافعي وحكى عن المختصر انه يجوز ان يؤجر نفسه ايضا وحكاه مجلي في كتاب الاجاره وانما جرى ان
الاذن في التجاره هل يتضمن الاذن في منافع نفسه ام لا وقد حكيناه من قبل وصحح هل يملك
المادون الاستقراض بحكم الاذن في التجاره حكى الامام في كتاب الاقرار عن القاضي تردد افيه وان
قلنا يملكه كان يجوز دفع التجاره ثم يقرض قال ولا يتصرف الا على وجه النظر والاحتياط
فلا يهب ولا يتخذ دعوة ولا يبيع نسيه ولا يعزر بمثل المثل اي بما لا يتغابن بمثله ولا يسافر بالمال
الا باذن المولى لانه متصرف للغير فلم يملك ذلك دون اذنه كالوكيل وهذا اذا دفع اليه السيد مالا ليتجر فيه اما اذا قال اتجر في ذمتك ولم يدفع اليه مالا فله البيع والشرا في الذمه حالا ومؤجلا
وله ان يرهن ويرتهن اذ لا ضرر فيه على السيد فان فضل في يده شي كان كما لو دفع اليه مالا
هذا حكاه الرافعي في كتاب الرهن والمراد بالدعوة الضيافه وهي بفتح الدال عند جمهور العرب
قال وان اشترى من يعتق على مولاه بغير اذنه لم يصح الشرا في اصح القولين لان
المقصود تحصيل الربح وذلك ضد فلم يصح كما في عامل القراض وهذا ما نص عليه في المختصر
واختاره المزني ويستوي فيه الشرا بالعين والذمه كما قاله ابو اسحق والقول الثاني انه
يصح لان العبد يصح منه الشرا لنفسه واذا اذن له السيد فكانه اقامه مقام نفسه
في جميع الابتياع والتصرف بخلاف العامل وهذا ما نص عليه في الام في الدعاوي والبينات
ومحلهما اذا لم يكن عليه دين اما اذا كان عليه دين فان قلنا لا يصح عند عدم الدين فههنا اولى
وان قلنا يصح ثم فههنا قولان احدهما يصح ويباع العبد والثاني يبطل الشرا قال الرافعي هنا
حسن قاله ابو اسحاق وقال ابن ابي هريره وجهان احدهما لا يصح والثاني يصح ويعتق
ويكون دين الغرما في ذمة السيد لحصول في حالة الدين بلا به اوجه كحكاه ابن الصباغ احدها
يبطل الشرا والثاني يصح ولا يعتق والثالث يصح ويعتق والدين في ذمة السيد قال
وان اشترى اباه بادنه اي اشترى العبد اباه السيد باذنه صح الشرا او المتع قال
حينئذ يسقط باذنه وعتق عليه ان لم يكن عليه دين لتحقق الملك وعدم تعلق الغير به
وان كان عليه دين العتق قولان وجه المنع تعلق حقوق الغرما ووجه الوقوع حصول الملك
بالمحامل وعدم وهذان القولان كالقولين في عتق الراهن فان نفذناه فعلى السيد
قيمة

قيمه للغرما فلو كان معسرا قال الشيخ ابو حامد لم يعتق وجها واحدا وهذا منهم يدل ان
العزما يتعلق حقوقهم بما في يد العبد فوكلو لحرا وفي كلام الماوردي ما يدل على خلاف فيه فانه
قال ان اشترى العبد بإذن سيده والده فهل يعتق بمجرد الشرا او دفع الثمن فيه
وجهان مبنيان على وجهين في ان غرما العبد هل ملكوا حجرا بديونهم على ما بيده ام لا فرع
احدها اذا اشترى العبد المادون جارية فهل يجوز للسيد تزويجها بشرط ان لم يكن عليه
دين جاز لان العبد وهل يجوز بدونه فيه وجهان اصحهما نعم والثاني لا الا ان يعفد الحجر عليه
وان كان عليه دين فان زوجها باذن الغرما والعبد صح وان زوجها باذن العبد دون الغرما او
باذن الغرما دون اذن العبد لم يصح على اصح الوجهين لانهم يتضررون به اما العبد فلان التزويج
ينقص قيمتها والباقي من الدين يتعلق بذمته واما الغرما فلانهم لم يستوفوا ما حصل حقهم وتعلقه
بذمته الى ان يعتق ومع السيد ويعتقه ووطيه هذه الجاريه كالتزويج في جاله فتمام النص وعلى هذا
لا احداه الرافعي في كتاب النكاح ولم يحك في التتمه خلافا في جواز البيع بل استشهد به على
التزويج بعد اذن الغرما والحق الامام في كتاب الضمان بيع السيد ما في يد العبد قبل الحجر
عليه بوقتها الضمان بما في يده بعد الاذن فيه وقال ان فيه قولين واذا وطئ بعد اذن الغرما
فهل عليه المهر فيه وجهان احدهما لا كالو وطئ المرهونه والثاني يجب والفرق ان منفعة المرهونة
للراهن ومنفعة رقيق المادون الذي عليه دين لا تخلص للمالك فلو احبلها فالولد حر والجارية
ام ولد ان كان موسرا وان كان معسرا لم تنفذ ام ولده وتباع في الدين ويجب قيمة الولد الثاني
لا يجوز للسيد معاملة عبده المادون في الشرا او البيع منه لان ما في يده ملكه بخلاف
المكاتب وحكى الامام في اخر باب القراض عن العراقيين حكاية تجويز معاملته اذا ركبته الديون
وجهين الثالث لا يجوز لمن عرف رق المادون ولم يعرف الاذن له في معاملته على الظاهر
من حزم الامام وفي التتمه حكاية وجه انه يجوز ويجوز لمن عرف الاذن للعبد ان يعامله
وله ان يمتنع من دفع ثمنها يشتريه منه اليه الا بينه تشهد بالاذن خشيه من انكار السيد
فان قلنا اذا عرف من عليه دين شخص بانه وكيل عن رب المال ولو شاع في الناس
انه مادون ولا بينه فهل يجوز معاملته فيه وجهان اصحهما نعم لان اقامة البينه لكل
معامل مما يشق ولو عرف كونه مادونا فقال العبد حجر علي السيد امتنع عليه معاملته
وكذا لو قال السيد لم اعزله على اصح الوجهين وان عزل العبد بما فيه بحال وكذا الحلافه ما صرح
به المتولي

قال وان ملكه السيد مالا لم يملكه في اصح القولين وهو الجديد لانه مملوك فلم يملك
كالبهيمة ولان التمليك سبب يملك به المال فلا يملك به العبد كالارث ويملك في الاخر ملكا
ضعيفا يملك المولى انتزاعه منه لقوله صلى الله عليه وسلم من ابتاع عبدا وله مال فماله للبائع
الا ان يشترط المبتاع فاثبت له ملكا وجعله يرجع للسيد بالبيع وذلك يدل على ضعفه قال
ولا تجب فيه الزكاة اي على العبد لضعف ملكه ولا على السيد لزوال ملكه عنه ولذا لا يعتق على العبد
اباه اذا كان هو المملوك وقد قال الاصحاب ان الحديث عن ثابت على انه حجة على الجديد فان العبد
لو ملك لم يكن للبائع وقد دل الحديث على انه للبائع فدل على ان العبد لم يملكه والاضافة
عن حقيقته وعلى القديم فروع احدها هل يحتاج العبد الى قبول عند التمليك فيه وجهان
مبنيان على ان السيد هل يملك اجباره على النكاح حكاه في التتمة في باب البيع قبل
الفصل الرابع في اشتراط القدرة على التسليم ونحوه الثاني اذا ملكه جارية
فهل يحل له وطؤها الذي جزم به ابن الصباغ الحل وجعله فائدة الملك وكذلك القفال
والذي حكاه الامام ان السيد اذا اذن له في الوطء جاز عند الجمهور خلافا لابي
اسحاق وانه اذا لم ياذن له لم يبح عند الجمهور ومنهم من جعله قال ولعل صاحب التقريب
يطرد مذهبه في اكل الطعام المملك وشرب الشراب نعم كل ما يقتضيه زوال الملك
فهو متعلق بتمليك السيد عبده من انقطاع الحول ووجوب الاستبراء اذا رجع وما
يتعلق بثبوت الملك فيحصل بملك العبد فينفسخ النكاح اذا ملكه زوجته
وما يستدعي كمالا في الملك لا يحصل في ملك العبد فعلى هذا لو ملكه سيده اباه
او ابنه لم يعتق الثالث اذا ملك الرجل عبدين سالما وغانما ملك كل واحد منهما صاحبه
فالملك يثبت للاخير على الاول ولو وكل وكيلين حتى يبيع سالما لغانم وغانما لسالم ذلك
لم يحصل ملكهما الا بتمام عقد واحد منهما الرابع السيد لا يعامل عبده بما ملكه
حتى لو باع منه شيئا مما ابتاعه منه رجع الى السيد وما بذله السيد ثمنا هل
يملكه العبد فيه وجهان اصحهما في النهاية لا الخامس اذا اتلف ما ملك العبد
فهل ينقطع حق العبد ويكون القيمة للسيد او ينتقل القيمة للعبد فيه وجهان
اصحهما الانقطاع حكاهما الرافعي عن الامام في الركن الرابع من القسامة
السادس لو عتق السيد قبل ان يرجع منه ما ملكه هل ينقطع ملك العبد او يعود
الى

الى السيد قال الماوردي في باب القسامة انه لا يستقر حقه منه فاذا ملكه ام ولده شيئا
وقلنا بالقديم انها تملكه فان الورثة لا يملكون انتزاعه منها بخلاف ما اذا ملك رقيقه ومات
فان للورثة الانتزاع منه اتفاقا بناء على رقه وفي تعليق القاضي الحسين في باب القسامة
انه لو اعتقه عاد الملك اليه

باب المساقاة

المساقاة اسم لعقد لازم يعقده مالك الشجر مع انسان يحسن القيام بتعهد الاشجار
في تعهدها بالسقي والتربية على ان ما يرزقه الله تعالى من ثمر فهو بينهما على حسب
ما يشترطانه واشتق هذا الاسم من السقي دون باقي الاعمال لانه انفع الاعمال فيها
والثمر لا سيما في الحجاز فان غالبها يسقى بالاستخراج من الابار وقيل لانها معاملة
على ما يشرب بساق وقيل لان موضع العمل والشجر يسمى سقيا فاشتقوا اسم المساقاة
منه والاصل فيها السنة وعمدتها قبل اتفاق الصحابة والتابعين عليها ما روى مسلم
عن ابن عمر رضي الله عنه قال اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بشطر ما يخرج منها من
ثمر او زرع وروي عنه ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر
وارضها على ان يعملوها من اموالهم وان لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطرها وغير ذلك من
الاحاديث ولا يقال ان اهل خيبر كانوا عبيدا للمسلمين او ان ارض خيبر ليست لاهل خيبر
فما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اما مخابرة او جزية لان عمر اجلاهم عنها فلما عمروا
ذلك عبد الله فنوزعت به ولو كانوا عبيدا للمسلمين او الارض لهم لم يفعل عمر ذلك
وايضا فقد قال عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني ملكت مائة سهم من خيبر وهو مال
لم اصب قط مثله الحديث وذلك بعد سؤاله ومن جهة المعنى ان الاشجار اعيان لا يجوز
اجارتها ولا يمكن تثميرها الا بالعمل عليها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالدراهم
والدنانير في القراض ولا يرد المزارعة لان اجارة الارض ممكنة ولا المساقاة على اصول
البطيخ ونحوها لانها تنمى من غير عمل والعمل يقع في غيرها وهو الارض قال
من جاز تصرفه في المال صحت منه عقد المساقاة لانه تصرف في المال قال وينعقد
بلفظ المساقاة لانه موضوع له وبما يؤدي معناه اي كقوله اسق هذا النخل وتعهده
ولك من ثمرته كذا لانه يفيد المقصود قال الرافعي ويشبه ان يجيء هذا من الائمة جوابا على
انعقاد العقود بالكنايات مع النية او يكون ذلك اشارة الى ان صرائح هذا العقد غير محصورة

فافتيل في الرجعه على راى ولابد في هذا العقد من القبول كالقراض
حتى لم يشترطه على وجه كما صار اليه القاضي فيما اذا ارتاب بلفظ القراض ولا يشترط مع
ذلك بيان اعمال المساقاه بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب اذا عرفها المتعاقدان
دون ما اذا لم يعرفه احدهما وفيه وجه انه يشترط تفصيلها وان عرفا العرف لانه
قد يضطرب فرع لو قال خذ هذه النخله واعمل عليها بكذا فعن ابن يونس انه يصح
وفي النهايه انه لا يصح ما لم يبين الاعمال التي يستحق على العامل ولو قال عاملتك على
هذه الاشجار لتعمل عليها على كذا فعلى وجهان وجه البطلان ان هذا من احكام العقد فلم
ينعقد به العقد قال الماوردي وهذان الوجهان من اختلاف اصحابنا في البيع اذا عقد
بلفظ التمليك ومقتضى هذا ان يكون الصحيح عنده المنع كما حكاه في لفظ التمليك وعلى
قول الصحه هل يحتاج الى تفصيل الاعمال فيه تردد حكاه الامام ولو قال استاجرتك
على سقي هذه الاشجار وتعهدها بجزء من ثمرتها وهي معقوده لم يصح لجهل الاجره ولا اجارة
شابه في المساقاه لان ذلك عقد على منفعه ولفظ الاجاره صريح فيه فلا يكون كنايه فيه وفي
الوسيط حكايه وجه انه يجوز لما بين العقدين من المشابهه وهو جار في انعقاد الاجاره
بلفظ المساقاه فاصل الخلاف كما قيل راجع الى ان العبره باللفظ او بالمعنى وان كانت
الثمره موجوده لم يبد صلاحها لم يصح اجارته اتصالا مع الثمره قبل بدو صلاحها لا يصح بدون
شرط القطع وقطع البعض متعذر ولا يصح مساقاه على الوجه الضعيف وهذا اذا صح
وان كان قد بدا صلاحها صح العقد اجاره قال ويجوز على الكرم والنخل اما
على النخل فلما تقدم واما على الكرم فبعضهم قال ان الشافعي قاسه على النخل بجامع ما
اشتركا فيه من وجوب الزكاه وتعهد الثمره وامكان خرصها وقال الماوردي انه اشبه
وبعضهم قال ان الشافعي اخذه بالنص وهو ما روى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
عامل اهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم كذا حكاه في البحر وهذا القول
هو ظاهر نصه في المختصر فانه قال واذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهي المساقاه
التي ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرع هل يجوز الخرص فيهما في المساقاه
فيه قولان حكاهما القاضي الحسين وغيره وفائدتهما تظهر من بعد احدهما يجوز لانه يجوز
في الزكاه فكذا هنا لما روى انه عليه السلام ارسل عبد الله بن رواحه خارصا الى خيبر
تخرص

خرص كلها عليهم والثاني لا يجوز لانه ظن وتخمين وما جاء في الحديث كان معاملة بين المسلمين
قسمة اراد الشيخ بالكرم العنب وكان الاولى ان لا يذكر لفظ الكرم ويذكر لفظ العنب
كما هو لفظ الشافعي في المختصر لانه ثبت في صحيح مسلم لا تقولوا الكرم وقولوا الحبلة
يعني العنب قال وفيما سواهما من الاشجار قولان اي الاشجار المثمره كالتين والكمثرى
والتفاح والمشمش ونحوها وجه الجواز وهو القديم وبه قال ابو ثور ما روى الدارقطني
مسندا ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر خاصه
لان الحاجه تدعو الى المساقاه في هذه الاشجار كما تدعو اليها في النخل فالحقت به ووجه المنع وهو
الجديد والاصح انها اشجار لا تجب الزكاه في ثمارها فلا يجوز المساقاه عليها كالموز
والصنوبر والغرب والخبر محمول على شجر خيبر ولم يكن فيها سوى النخل والكرم ويخالف
النخل والكرم لان ثمارها لا تتم الا بالعمل فيها فان النخل يحتاج الى اللقاح والكرم الى المساح
وسائر الاشجار تتم ثمارها من غير تعهد وعمل فيها ومنع القاضي الحسين والفوراني القولين
على القول بجواز الخرص في النخل والكرم فاما بعد ان جوزناه لم تجز المساقاه فيما
عداهما من الاشجار لان الخرص لا يتاتى فيها والاجاره لا الخرص على هذا القول ساقط الاعتبار
قال الماوردي والخلاف المذكور فيما اذا افردت هذه الاشجار بالعقد عليها اما اذا وقع
العقد على النخل وهي في وسطه فقليله جازت المساقاه عليها تبعا كما تجوز المزارعه
تبعا الصحيح اذ قلنا بالجديد قال ابن سريج تجوز المساقاه على ... وحكوا احدا قال
القاضي ابو الطيب وهو المنصوص والصحيح انه على القولين ايضا فان قلنا بالقديم فهل تجوز
المساقاه على شجر الفرصاد الذي يصلح ورقه للقز وعلى شجر الخلاف لمسمع باغصانه بعد
سنه او سنتين فيه وجهان حكاهما الشيخ ابو علي ووجه الجواز اقامه الورق
والاغصان مقام الثمر وينبغي ان يجري الشيخ على القديم بلفظ الشجر على ما ليس
بشجر من الخضراوات كالبطيخ والقثاء ونحوهما وعروق المستحر كالباذنجان
والبقول والقصب ونحو ذلك فانه لا يجوز عقد المساقاه عليها وفي التتمه
حكايه وجه فيما اذا كانت البقول تجز مره بعد اخرى انه يجوز على القديم
قال وان ساقاه على ثمره موجوده ففيه قولان احدهما وهو المنصوص في
الام والصحيح في الرافعي وقال القاضي الحسين والامام انه الجديد انه يجوز ووجهه

ما حكاه القاضي الحسين عن النص أن المساقاة لما خارجة قبل خروج الثمرة فبعدها
أجوز ومن الصور البعد قال القاضي وهذا يدل على أن الذي يخرج كله لرب النخل ثم يستحق
العامل جزءا والثاني لا يجوز لفوات بعض الأعمال ولأن الثمرة إذا ظهرت فقد ملكها رب النخل
فكأن شرط جزء منه للعامل كشرط جزء من النخل وهذا القول رواه البويطي كما حكاه الماوردي
وقال إنه المشهور من المذهب وهو الذي صححه الروياني وقال القاضي الحسين والإمام إنه
القديم واستبعد الرافعي أن يكون هذا قولا قديما لأن البويطي معدود من الكتب الجديدة
ولا وجه لاستبعاده فإن الأئمة من الكتب الجديدة أصلا ما هو معزي إلى القديم واعلم
أن هذا الخلاف جار على المشهور في الطرق فيما إذا كانت الثمرة لم يبد صلاحها أما إذا بدا
فبعضهم أجراه أيضا ما لم تتناه في نضجها ولم يبق إلا الجداد وهو نصه إلا أن الشيخ والماوردي حكيا
القطع عن النص في الإملاء حوالة بلا تفصيل ولعل هذا على قولنا إن العامل أجير لا شريك
وهذا ما صرح به البندنيجي حيث قال إذا ساقاه بعد ظهور الثمرة وقد بلغت أوان الجداد فهي
باطل قولا واحدا وإن كان قد بقي من العمل عليها ما فيه مستزاد فيها بالسقي والتنمية
وقطع الحشيش المضر بالنخل ففيه قولان قال في القديم يصح وقال في البويطي لا يصح وهذا أصل
النص مما حكيناه عن الإمام والقاضي وبعضهم جزم بالإبطال وهي الطريقة التي جعلها الرافعي أظهر
لأنه لا يبقى أثر بالعمل بعد وجزم به ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب وحكى القاضي الحسين
هذه الحالة مرتبة على الخلاف فيما إذا لم يبد الصلاح وأولى بالبطلان وفرق بأن بعد بدو
الصلاح يأمن معظم الأعمال والمساقاة عقد عمل ومثله في المعظم وحرم العمراني والمعولي
الجواز قبل بدو الصلاح لهذا النص وجعلا الجواز بعده قال وإن ساقاه على — الحالة الثالثة
ودي إلى مدة الغرس لا يحمل فيها في الغالب كما قاله المحاملي والبندنيجي وغيرهما لم يصح لأن
المقصود أن يشتركا في الثمرة وذلك معدوم وفي الوسيط حكاية وجه في الصحة
ولم أره في النهاية بعد حكاية قال وهل يستحق أجرة المثل فيه وجهان وجه
النفي وهو ما صار إليه المزني كما حكاه الشيخ في المهذب وغيره رضاه بالعمل بغير عوض
إذا المسألة مصورة بما إذا عرف الحال أما إذا لم يعرف فإنه يستحقها وجها واحدا وهما
ويقتضيه ... من النهاية به حكاية خلاف في هذه الحالة أيضا ووجه الاستحقاق أن العمل
في المساقاة يقتضي العوض ولا يسقط بالرضا كالوطء في النكاح وهذا ما صار إليه

ابن

ابن سريج وبه جزم الشيخ في باب المسلم من القراض وهي ما إذا قال فإن صدقه على أن الربح كله
لي أما إذا كان يحمل فيها غالبا صح كما صرح به الماوردي وغيره وعبارة الروياني أن شرط
الصحة أن يقدر بالمدة التي أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها اطلاعا متناهيا
وفي هذه العبارة زيادة على الأولى فإن مراد الماوردي بمجرد الحمل فرقه ظاهر وفي النهاية حكاية
وجه أنها لا تصح وإن غلب على الظن الوجود فيها ما لم يتحقق وضعفه ... الوادي ...
المهملة منسوب إلى ما معاد النحل ويسمى أيضا العسل قال وإن كان إلى مدة
قد يحمل وقد لا يحمل وليس أحدهما أظهر كما صرح به المحاملي والبندنيجي والجمهور فقد قيل يصح
لأنه يرجى فيها وجود الثمرة فيها فهو كما لو شرط مدة توجد الثمرة فيها غالبا وعلى هذا الوجه يظهر
ثم لا يستحق العامل شيئا كما لو ساقاه على نخل يحمل فلم يطلع وقيل لا يصح لأنه عقد
غرر على عوض غير موجود ولا الظاهر وجوده فهو كالسلم في معدوم قال
وللعامل أجرة المثل أي على هذا القول وإن لم يطلع لأنه لم يرض أن يعمل مجانا ولم يسلم
له المشروط له فرجع إلى البدل ولا خلاف في أنه إذا ساقاه على عشر سنين مثلا وهو يعلم
أنه لا يحمل إلا في السنة الأخيرة ... أو الظن به في كل سنة بل على العلم أو الظن بحملها قبل انقضاء المدة
قال وإن ساقاه على ودي ليغرسه ويعمل عليه لم يصح أي سواء شرط جزءا من الودي أو جزءا من
ثمرته عند حصوله ومن عقد المدة يحمل في مثلها لأنه تعليق المساقاة على صفة وفيه مساقاة
المساقاة على الزرع لأنه لم يرد على أصل ثابت ولأنه في الحالة الأولى شبيه بالمزارعة وفي
الثانية قد شرط عليه الغرس وليس هو من أعمال المساقاة فكان كضم عمل آخر إلى عمل القراض
وحكى ... صاحب المعتمد أنه يصح وحكاه في ... وعلى الصحيح إذا عمل
العامل في هذا العقد الفاسد استحق أجرة المثل وإن كانت الثمرة متوقعة في المدة وإن
لم تكن متوقعة فعلى ما ذكرناه من خلاف المزني وابن سريج قال ولا تجوز المساقاة إلا
إلى مدة معلومة خلافا لأبي ثور حيث قال مطلقها يحمل على سنة وإذا علمت أنه عقد لازم
فمقتضاه أن يقدر المدة حتى لا يتضرر ... بالإجارة ويخالف القراض ... على
هذا ... لأنه جائز مع أن المقصود يحصل بتحصيله لأن الربح ليس له وقت معلوم وربما
لا يحصل في المدة المقدرة ولحصول المقصود في هذا العقد وهو الثمار غاية معلومة يسهل
ضبطها فإن قيل قد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لليهود أقركم ما أقركم الله

ما اقره الله تعالى على ان الثمر بيننا وبينكم وهذا يدل على جواز عقدها الى مدة معلومة
والجواب عنه من وجهين احدهما انه عليه السلام قال ذلك لهم لانهم لا يرون النسخ فيشترط
عليهم ذلك قطعا لتوهمهم منهم اللزوم فيه ومثل هذا الشرط جائز لانه كان
يوحى اليه ولا يجوز لواحد منا لعدم الوحي الثاني قاله الماوردي انه عليه السلام انما
شرط ذلك في عقد الصلح لا في عقد المساقاة فرع لو اقتت المدة بادراك الثمار
هل يصح فيه وجهان وجه المنع فيه قال الاثرين الحمل يوقت الادراك ووجه الجواز
وهو الاصح عند الرافعي ان ذلك هو المقصود في هذا العقد فكان التاقيت به اولى فعلى هذا
لو قال ساقيتك سنة فهل يجوز ويحمل على سنة عربية او على سنة الادراك فيه وجهان احكيهما
عن ابي الفرج السرخسي الثاني وان قلنا بالاول او اقتت بالزمان فادركت الثمار في بعض المدة
وجب على العامل ان يعمل بقية المدة ولا اجرة له وان انقضت المدة وعلى الاشجار طلع
او بلح فللعامل نصيبه فيها وعلى المالك التعهد الى الادراك وان حدث الطلع بعد المدة
فلا حق له كذا قاله الرافعي واوضح منه ما حكاه في المهذب انه لو ساقاه عشر سنين
فانقضت ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة لا يستحق نصيبه منها لزوال العقد ولذلك هو لفظ
الماوردي في الروياني في البحر واما اذا اطلعت قبل تلك السنين ثم انقضت ولم يبد صلاح
الثمرة فله حقه منها ثم اذا قيل انه اجير ان عليه ان ياخذ حقه منها طلعا او بلحا وليس
له استبقاء حقه الى بدو الصلاح وان قيل انه شريك كان له استبقاؤه الى بدو الصلاح
وسقي الثمرة وقد يحصل من هذا حبسه عنهما في صدر الكلام وبين ما قاله في موضع اخر من
فاسيما وهو انه اذا ساقاه الى مدة تحمل الثمرة فيها غالبا فتاخر الاطلاع فيها لعارض فهو
اطلعت بعد تقضيها ان قلنا العامل شريك له كما هو المذهب كانت الثمرة بينهما لانه من
هذا العام حادثة على ملكهما ولا يلزم العامل العمل بعد انقضاء المدة وان قلنا انه
اجير فالثمرة لرب النخل وللعامل اجرة المثل وطريق الجمع يوخذ من لفظ الماوردي
لعارض يحصل ما قاله اولاهما اذا انقضت المدة ولم تحدث الثمرة ولا عارض
وصورة ما قاله ما نافى ان الثمرة لولا العارض لظهرت قال ويجوز الى مدة يتفق
فيها العمل في اصح القولين اي مثل ان يقول ساقيتك على هذه النخل خمس سنين
مثلا ووجهه انه يجوز عقدها الى سنة بالاتفاق وما جاز عقده الى سنة جاز الى اكثر منها

بالاجل

كالاجل في البيع والكتابة ولا يجوز في الاخرى اكثر من سنة لانه عقد غرر جوز للحاجة والحاجة
لا تدعو الى اكثر منه لان منافع الاعيان بحالها فيها وقيل في المسئلة قول ثالث انه لا
يجوز الى اكثر من ثلاث سنين لانها تتغير فيها الاعيان على حال ولعل الذي
منها في الغالب وهذا احد قولي الشافعي يجوز الى ثلاثين سنة والصحيح الطريق الاول وذكر
الماوردي على ... الشجر على سبيل الصحة او قاله الشافعي فيما ابقى الثمر فيها وعلى
هذا اذا كانت الشجرة مما تثمر في كل سنة فهل يجب تعيين حصته في كل سنة او يكفي قوله ساقيتك
على النصف لاستحقاق النصف في كل سنة فيه طريقان في المهذب وغيره احدهما وجهان
او قولان كما سنذكرهما في الاجارة والثاني القطع بالوجوب وبها جزم الماوردي والعراقي
ان الاختلاف في الثمار يكثر وفي المنافع يقل قال ولا يجوز الا على جزء معلوم من الثمرة
لانه انفى للغرر واقطع للمنازعة واحترز المصنف بلفظ الثمرة عن ان يجعله من غيرها
فانه لا يصح العقد مساقاة بالاجارة ان وجد شرطها قال كالثلث والربع
والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم ساقى اهل خيبر على الشطر مما يخرج منها من ثمر وزرع
مع حصول ... فقد امر العلماء حمل الظاهر على انه لا يشترط التفصيل بالشطر بعين ان
المراد النصف بالحرف قال وان شرط له ثمرة نخلات بعينها او آصعا معلومة من الثمرة لم
يصح لانه خلاف ما ورد به الخبر ولما ذكرناه في القراض والحكم عند قوله ساقيتك على هذا النخل
من غير ان يذكر شيئا من الثمرة او على ان لي النصف او على ان لك النصف او على ان الثمرة بيننا او على
ان الثمرة لهما كالحكم المذكور في اصل القراض وفاقا وخلافا صرح به الماوردي والرافعي
عن ابن سريج فيما اذا قال ساقيتك والحال انه يصح على نصف الثمرة وحكي عن الاكثرين فساد
العقد فيما اذا قال على ان الثمرة بيننا ولو قال ساقيتك على ان الثمرة كلها لك قال الاصحاب
فسد العقد ولا يجيء فيه ما ذكرناه في القراض ان الثمرة تكون للعامل على وزان الربح لله
العامل لان هناك قدرنا المدفوع اليه قرضا وهنا لا يمكن فرض الاقتراض وهل يستحق العامل
اجر عمله فيه وجهان في الامانة ووجه المنع انه عمل وعنده انه يعمل لنفسه ومن عمل لنفسه
لم يستحق اجره على غيره وفي التتمة حكاية وجه في صحة العقد اذا شرط كل الثمرة للعامل
لعرض الفهم بتعهد الاشجار وتربيتها ويجوز اذا ساقاه على ثلاث سنين مثلا ان
يجعل للعامل في السنة الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة السدس والعشر

فالجزم به في الحاوي وحكاه ابن الصباغ عن ابن أبي هريرة وحكي عن غيره أنه خرج ذلك على ما
إذا أسلم في تمر أو شعير إلى أجل واحد لاختلاف الصفقة في الأحكام وهل يجوز أن يشرط له
نصف ثمر السنة الأولى دون ما بعدها ولا خلاف أنه إذا لم يطلع خلوص الثمر إلا في السنة
الأخيرة فساقاه على شطر ثمرتها أنه يصح ويجب الوفاء بالمشروط حتى إذا أثمر شيئا ثانيا فلا له
اختص بها رب النخل ولو كان في هذه الحالة العقد صيغته أن يحصل في المدة المذكورة من الثمار
قال في هذا ولم يقع التخصيص بثمار السنة الأخيرة فالظن أنه لا يصح لا يتم العامل وهو ما صرح
به الإمام ومحمور أن يكون على النخل أنواعا معروفة لهما أن يجعل له من ثمر نوع نصفها ومن النوع
الآخر الثلث ولا يجوز ذلك عند جهل أحدهما بالأنواع **فرع** قال في العرض هل يدخل في
المساقاة ما جعلنه العراقي **قلت** سواقط النخل من السعف والكرناف والليف لرب النخل
لأنه ليس من مألوف الثمار ولا مقصود النخل وإن شرطه للعامل بطل وإن شرط بينهما بطل
نسبة معلومة ففي صحة المساقاة قولان في الحاوي **قال** وإذا انعقد لزم كالإجارة
وهذا من النسخ يعني عن التعليل للاحتياج إلى بيان حكم ومواتهما عقدان على عمل على
العين مع بقائها وبهذا خالف القراض فإن العامل فيه متصرف في العين فأتى بالنهما
كالوكيل خلافا للجائز جائزا كان وكالة وفرق الماوردي بينهما بأن النخل في المساقاة متأخر عن
العمل فكانت لو لم تلزم لزمه تفويت للعمل بغير بدل وقد استدل الرافعي على اللزوم بأنا
لو قلنا بجواز ذلك لما فسخ المالك بعد العمل وقبل الظهور في التمر فسيلعى ما إن
يقطع حق العامل عنها أو لا فإن قطعناه ضاع سعي العامل مع ما يتعين في التمليك وإنه
ضرر وإن لم يقطعه لم يتسع العامل بالفسخ بل تتضرر الحاجة إلى القيام بعمله الأعمال
بخلاف القراض فإن الربح ليس له وقت معلوم ولأنه يأمر بالأعمال الشاقة فلا
يلزم من فسخه ما ذكرناه **قلت** ولا يرد عليه أن يقال يفسخ ولا يسقط حق العامل
بالكلية ولا يستحقه من الثمر بل يستحق أجرة مثل ما عمل كما تقول في الجعالة لأن العمل في
الجعالة مضبوط متى اعتبار وهو في المساقاة غير مضبوط **تنبيه** قول الشيخ
لزم كالإجارة فيه إشارة إلى أن إيجاب الشرط لا مدخل له فيها وفي خيار المجلس وجهان كما
في الإجارة وصرح به في المهذب هنا فإن قلنا قبل وقد صرح العراقي بأن من شرط صحة
المساقاة وروده على الذمة وهو الذي يقتضيه كلام الأصحاب حيث أطلقوا أن للعامل

إن

إن يساقي على جزء من الثمرة بقدر ما شرطه له أو دونه وكذا الكلام إذا هرب أو مات استؤجر من
ماله من يعمل عليه ولو كان ورودها على العين يصح لما صح هذا الإطلاق منهم وإذا كان ذلك
حكاية خلاف في كون تمام الشرط في الإجارة الواردة على الذمة فيتعين بأن يحمله هنا
قلت لا نسلم أن من شرط المساقاة ورودها على الذمة وما ذكره العراقي فهو احتمال
أبداه الإمام وقد صرح المتولي بأنها إذا وردت على العين صحت وليس للعامل أن يستعين
بعامل غيره وأنه إذا فعل ذلك انفسخت المساقاة بترك العمل وكانت الثمار لرب المال
ولا شيء للعامل الأول وللعامل الثاني إن علم بالفساد فلا شيء له وإن جهل فهي أجرته فقد أجرة
المثل ما ... في خروج الأشجار مستحقة وما أطلقه الأصحاب فهو محمول على الأعم الأغلب
منها وعلى تقدير أن يكون من شرطها الورود على الذمة مخصوص بما إذا لم يعينه أما إذا أمره فملو
هلا ولو ... يظهر ... واعلم أنه قد بقي من الشروط شرطان لم يذكرهما الشيخ أحدهما أن
تكون الأشجار معينة فلو قال ساقيتك على أحد هذين الحائطين أو على ما شئت من هذين كان باطلا لأن العمل
أصل في العقد فيبطل مع الجهالة كالبيع الثاني الرؤية فلو ساقاه على نخل لم يرها ففيه قولان يصح
وبعضهم خرجه على قولي الغائب والذي صححه الماوردي والروياني الطريق الأول والخلاف في ذلك من كثير
الفقه في هذا العقد بخلاف البيع **فائدة** ذكر الماوردي أحسن وجهين أن هذا العقد شبيه
بعقود من حيث إنه لازم بعمل في الذمة ولا يبطل بموت العامل فشبيه بالسلم ومن حيث إنه
يجوز التفرق فيه قبل القبض فشبيه بيع العين ومن حيث إنه معقود على عمل في من حصص
ما يخرج منه فشبيه بالقراض ومن حيث إنه عقد لازم بعوض على العمل يشترط فيه
التأقيت فشبيه بالإجارة انتهى وما قاله أولا يعضد ما ادعاه العراقي أن من شرطها
الورود على الذمة **قال** وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمر أي عند
إطلاق العقد من التلقيح وصرف الجريد وإصلاح الأجاجين وتنقية السواقي والسقي لاقتضاء
العرف ذلك **تنبيه** المستزاد الزيادة والتلقيح وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث
... على المالك صرف الجريد أي قطعه إذا أضر بالنخل يابسا كان أو رطبا وهل هو من
حق العامل ... وتسويته العامل لتصيبها الشمس والتيسير قطعه عند الإدراك
بالمعنى الأول متفق على وجوبه على العامل وفي معناه تعليق عناقيد الأشجار المضرة وبالمعنى
الثاني قال الماوردي لا يجب على العامل إلا بالشرط وجعل أوجهه من جعل شرطه والجونة الماوردي

تعريش الكرم حيث جرت العادة به وكذا وضع الحشيش فوق العناقيد صونا لها عن الشمس
عند الحاجة الخاص ما حول المغارس محوط عليه يشبه الاجانة التي يغسل فيها السواقي
المجاري ويجب على العامل سقيتها من السقي ان تجري الما بالة المالك الى الاشجار في
الوقت المعتاد وفتح راس الساقية وسدها عند الحاجة اليها قال وعلى رب المال
ما يحفظ به الاصل اي ما يبقى من الاصول لسد الحيطان وحفر الانهار اي التي احتيج الى تجديدها
اي التي انهارت وبناء الدولاب ونصبه وشرا الابقار والالات التي يوفى بها العمل كالفاس
والمعول والمنجل والمسحاة ونحو ذلك ووجه وجوبه على المالك العرف وقيل ان الثيران والمسحاة
ونحوها على من شرطت عليه ولا يجوز السكوت عنها وهو المذكور في امالي السرخسي حكاية عن ابي اسحق
ووراء ذلك امور اخر مختلف فيها منها سقفه البئر والمذهب انها على العامل وقيل على المالك
وقيل على من شرط فان لم يشرط بطل العقد وهو قول ابي اسحق ومنها حفظ الثمار هل هو على
العامل او عليهما على نسبة ملكيهما في الثمرة وجهان اظهرهما نعم قال ابن الصباغ وغيره الاول
وانما يجب عليه ان يحفظ الثمار عن الطيور والزنابير بان يجعل كل عنقود في قوصرة والحق العوض هي على المالك
جزما ومنها جداد الثمار واقتصاصها وقطافها فاختار الماوردي وغيره وطردهما في الزرع في تجفيف الثمار
والظاهر وجوبه اذا اطردت العادة به او شرطاه واذا وجب التجفيف وجب تهيئة موضع
التجفيف ونقل الثمار اليها وتقليبها في الشمس من وجه الى وجه المسمى
التي يسمى بها الجداد فيه وجهان ولا سبيل الا اتباع العرف ولذلك في وضع الشوك على رؤوس الجدر
الوجهان فرع لو شرط على العامل ما يلزم المالك بطل الشرط والعقد وقيل يبطل
الشرط دون العقد حملا على الشروط الفاسدة في الرهن قال الماوردي وصححها لان عقود
المعاوضات اذا تضمنت شروطا فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة في البيع والاجارة او
شرط على المالك شيئا مما على العامل بطل الا السقي فانه اذا شرط على رب النخل جاز نص
عليه في البويطي لانه لو ساقاه على نخل جاز والنخل ما يشرب بعروقه من غير سقي كذا
حكاه البندنيجي وحكى الماوردي فيما يشرب بعروقه كنخل البصرة ثلاثة اوجه احدها ان سقيها
على العامل والثاني انه على رب النخل فان اشترطها على العامل بطل العقد والثالث
يجوز اشتراطها على المالك وعلى العامل فان اطلق العقد لم يلزم واحدا منهما
ملبسه الدولاب فارسي معرب بضم داله وفتحها الافصح جمع شرعيه الماوا سماينا
ونجمع

ونجمع ايضا على نقوص مشتق من ادرت الدم وعبرت اي اسلته قال وان شرط ان
يعمل معه غلمان رب المال اي فيما يلزمه من اعمال المساقاة ويكونوا تحت امره جاز على المنصوص
اي اذا كانوا معروفين بالرؤية او الوصف فاذ رآه في القراض وقد استدل له الغزالي بان العبد
يكون مستتبعا للعقد والاعانة به كالاعانة بالثيران ولا خلاف في جواز اشتراطها وقد
اعترض عليه بان الثيران على المالك فلهذا فاذا شرطت فقد شرط على المالك ما هو واجب عليه
وجوابه ان المراد ان المالك قد وجب عليه بعض الاعمال ويجوز ادارة السواقي بالثيران فان
مقتضى العقد ان يجب على العامل وقد وجب على المالك بالشرط فجاز ليعمل الغلمان واذا عين رب
المال فلا يجوز له ان يبدلهم بغيرهم صرح به الماوردي اما اذا شرط ان يعمل الغلمان لا يستقلال
بالتصرف دون مراجعة العامل او لا يتصرف دون مراجعتهم لم يصح وكما يجوز ان يشترط
العامل عمل غلمان رب المال معه يجوز ان يشترط رب المال عمل غلمان العامل معه كذا
حكاه الماوردي في نص الشافعي فقال انه يجوز اشتراطهم من غير تعيين ولا وصف قال
ونفقتهم على رب المال لانهم ملكه وهذا هو المشهور ولم يذكر العراقيون وابن الصباغ
غير ذكرها وجوز لخراجها انها على العامل حكاه في المهذب بعد هذا لو شرطت على
المالك جاز والثاني انها تكون من الثمرة وهو ما حكاه في المرشد والثالث ان العقد يفسد
عند عدم بيان من هي عليه قال وان شرط ان يعين على العامل جاز لان العمل في
المساقاة عليه فلا يبعد ان يلزمه مؤنة من يعمل معه ويعاونه ويكون يستأجر من يعمل معه
وعلى هذا هل يجب تقديرها فيه وجهان اصحهما عند القاضي الحسين نعم فيبين ما يدفع اليهم
من الخبز كل يوم والادام والثاني لا وبه اجاب الشيخ ابو حامد والقاضي ابو الطيب ويحمل
على المعتاد لانه يتسامح بمثل ذلك في المعاملات وقيل لا يجوز شرطها على العامل كما في
القراض وقطع بنفقة المالك وبه قطع المسعودي فرع لو شرط النفقة في الثمار قال
في البسيط لا يجوز لانه ما يبقى مجهولا وقال صاحب الافصاح يجوز لانه قد يكون ذلك من
صلاح المال قال الرافعي ويشبه ان يتوسط فيقال ان شرطها من جزء معلوم بان شرط
ثلث الثمار للنفقة والثلث للمالك والثلث للعامل فهو جائز ويكون المشروط للمالك الثلثان
وان شرطها في الثمرة من غير تقدير لم يجز وفي الحاوي انه ان عملهم قبل حدوث الثمرة
فالشرط باطل لعدم محلها وان كان بعد حدوث الثمرة وتقضيتهم من غير جنسها لم يجز

الملك عكم

و تصرف في بعضهم فهو باطل اصلا لان الثمر غير مستحق والمنفقة غير ثابتة في الذمة وان كانت المنفعة
من الثمرة نفسها ففي الجواز وجهان والاصح البطلان ووراء المنصوص طريقة اخرى ما جرا وجهين في الجواز
كما في القراض ووجه المنع ان يد العبيد يد سيده والقائل به حمل النص على ما اذا شرط ان
يعمل الا فيما يوقف على السيد من الاعمال كحفر الابار ونحوها من الحيطان والاظهر الطريقة الجارية
بالمنصوص وفرق قائلها بين المساقاة والقراض بان في المساقاة بعض الاعمال على المالك فله
ان يشارك ذلك بيد مواصلة فجاز ان يشرط عمل غلامه وفي القراض لا عمل على المالك فلا يجوز شرط عمل
غلامه واما ما حمل عليه النص فلا يستقيم لان مقتضى قول الشافعي ونفقة الرقيق على ما يشارطان
عليه وليس نفقة الرقيق بالزم من اجرتهم فاذا جاز ان يعلوا للساقي نفقة اجرتهم جاز ان يعلوا له نفقة
نفقة ومع هذه التسمية لا تحسن الحمل على ما قالوه قال [redacted] وان شرط ان يعمل معه رب المال
لم يجز لما ذكرناه في القراض ويجوز للعامل ان يستاجر المالك في الاعمال المتوجهة عليه على الاصح كما
يجوز للمالك ان يستاجر الطالق فيما يجب عليه وهو وجه انه لا يجوز بناء على انه من اجرة الدار لا يجوز ان العاملة
يستاجرها وهل يجوز ان يشترط رب المال نفقته الرجوع الى الاستحمام مع تسليم المفتاح الى العامل
فيه وجهان اصحهما يجب لحصول الاستقلال والتمكن من العمل ووجه المنع انه اذا دخل كانت اليد له فيه
ما بيده فقد يتعوق بحضوره عن العمل قال [redacted] والعامل امين فيما يدعي من هلاك كالعامل في القراض
لا سيما اذا قيل وان لم يكن هذا العقد بالاجارة في لزومها فليس العامل كالمستاجر على عمل
في الذمة وهذا حقيقة الاجير المشترك فهلا اجري الخلاف في تضمينه كما في الاجير المشترك وعلى
تقدير ان لا يكون الاجير المشترك ضمانا فلا عدم الوثوق بحمل وبدخل على المالك في تضمينه وجهان
فيلتقي ان يفي هذا اسلفنا قلت [redacted] قد يظهر الفرق بينهما ان الاجير في مسألة الاجير والخلاف
الواقع له بمعنى تغليب عوض الاجير والوثيقة وهنا لا يستحق العامل الاجرة وعوض المال الحاصل
فغلب جانبه وجعلنا اليد له قال [redacted] وفيما يدعي عليه من خيانة لان الاصل عدمها وقد
وجه الغزالي بانه امين واعترض عليه بان القول قول من ادعي عليه الخيانة وان لم
يكن امينا عملا بما ذكرناه ولا تسمع دعوى الخيانة الا مفصلة كسائر الدعاوي وفي الحاوي
انه ان اراد دعوى السرقة العرم لم تسمع الدعوى الا معلومة وان اراد وضع يد العامل لها
عن الثمرة فتسمع مجهولة وجهان قال [redacted] وان ثبت خيانة اي اما باقرار او
بالبينة او بيمين المدعي بعد النكول ضم اليه من يشرف عليه لانه مستحق العمل ويمكن استيفاؤه
فيه

منه بهذا الطريق فعين كما نفعل في المرتهن اذا تعدى في الرهن لا نبطل حقه منه بل نحفظ
عند عدل لتعينه طريقا للجمع بين الحقين وهذا ما نقله المزني في مختصر المختصر ويكون اجرة
المشرف على العامل وفي التتمة ان الحاجب الاجرة على العامل مبني على ان مونة الحفظ
عليه فان المقصود من ضم المشرف اليه الحفظ اما اذا قلنا ان الحفظ عليهما فتكون اجرة
المشرف وفي الوسيط ان اجرة المشرف على العامل ان ثبت خيانته باقراره او بالبينة والا
فعلى المالك فان قيل هذا يقتضي انها اذا ثبت بيمين الرد تكون على المالك وينبغي ان تجب على العامل
في هذه الحالة ايضا لانها اما بمنزلة الاقرار او البينة بالنسبة الى الناكل والحالف والحاجب الاجرة
هو الحالف وقد وافق على انها اذا ثبت بالاقرار او بالبينة تكون على العامل فهو المعنى النكول والحلف
وقضى بذلك الرافعي وغيره وجوابه من وجهين احدهما ان يجري اللفظ على ظاهره ويسلم انه يقتضي عدم
احكامها في حالة النكول والحلف لكن مع ان الاجرة تعود الى الحالف فان مستحقها المشرف وهو اجنبي
عنهما والنكول مع الحلف انما يجعل كالاقرار او كالبينة بالنسبة الى الحالف الثاني انه مع ان المراد
عدم احكامها في حال النكول والحلف لما ذكر لكون الكلام الاول مغنيا عنه لكن المراد ما اذا لم يثبت
خيانته وضم اليه المالك مشرفا احتياطا فانه يجوز واجرته عليه كما صرح به الامام قال [redacted]
فان لم يحفظ بالمشرف استوجر عليه من يعمل عنه لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه والعدل
عليه بهذا الطريق وقيل يستاجر عليه ابتداء وهو ظاهر ما نقله المزني في المختصر والجمهور
لم يثبتوا الخلاف بنقل المزني قولين بل نزلوه على حالين كما ذكره المصنف قال [redacted]
وان هرب العامل استوجر من ماله من يعمل عنه لان العقد لا ينفسخ بهربه كما لا ينفسخ
بصريح فسخه وان لم ينفسخ فالحق متوجه عليه وتحصيله ممكن بهذا الطريق فيتعين والمتاجر
هو الحاكم ويرفع المالك الامر اليه ويثبت عنده المساقاة وهرب العامل بعد اللزوم فاذا
تعذر طلبه فان وجد الرهن العمل فان لم يجد وكان له مال ظاهر اكترى عليه من يقوم
مقامه في العمل قال [redacted] فان لم يكن له مال اي ظاهر اقترض عليه الحاكم ولا به الاقتراض لو كان العمل الى ذلك
التي يعود بالاجرة والاقراض يكون من بيت المال فان لم يكن فيه فضل اقترض من احاد المسلمين
ولو اقترض من رب النخل جاز وهذا اذا لم يجد من يرضى باجرة مؤجلة الى ما بعد ادراك الثمار
فان وجد استاجره واعطاه اجرته عند ادراك الثمرة من نصيب العامل قال [redacted]
فان انفق المالك رب المال بغير اذن الحاكم اي مع قدرته عليه لم يرجع لانه متبرع فان اذن له

الحاكم في ذلك جاز صرح به البندنيجي والقاضي ابو الطيب وادعى المحاملي نفي خلاف فيه وفي
تعليق القاضي حسين وغيره من كتب المراوزة حكاية وجهين في الرجوع واصحهما المنقول عن العراقيين
ووجه المنع انه متهم في حق نفسه وطريقه ان يسلم المال الى الحاكم ليأمر غيره بالانفاق وهذه
الطريقة اشبه لما سيأتي في مسئلة هرب الجمال قال وان لم يقدر على اذنه فانفق ولم
يشهد اي مع القدرة عليه لم يرجع لان عدم الاشهاد مع القدرة عليه دليل على تبرعه قال
وان اشهد اي وشرط الرجوع كما صرح به البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما فقد قيل يرجع
لانه موضع ضرورة وقد بذل المجهود وهذا هو الاصح وقيل لا يرجع لئلا يكون حاكما لنفسه على
غيره وهو لا يجوز وان لم يشهد لعدم القدرة عليه فان قلنا انه لو اشهد لا يرجع فهاهنا
اولى وان قلنا يرجع ثم فهاهنا وجهان حكاهما القاضي حسين وقال لو علم هذه المسئلة حكم
هرب الجمال في الاجارة واختصر الغزالي والامام والفوراني هذا التطويل وقالوا في رجوعه
اذا انفق عند تعذر مراجعة الحاكم ثلاثة اوجه احدها يرجع والثاني لا والثالث ان اشهد رجع
والا فلا وقد يفهم من ذلك جريان وجه مطلق انه يرجع وان قدر على الاشهاد ولم يفعله وبه
صرح الرافعي والظاهر خلافه كما سنبينه في الاجارة ان شاء الله تعالى والمراد بالانفاق
ما يصرفه او يستأجر من يعمل عن العامل وفي معناه عمل رب المال بنفسه قال
فان لم يمكن ذلك فله ان يفسخ لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه فكان له الفسخ كما
اذا ابق العبد المبيع قبل القبض ولا يسقط حقه من الفسخ ببذل رجل له العمل تبرعا
عن العامل لانه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه نعم لو عمل متبرع نيابة عن العامل بلا
شعور رب المال حتى حصلت الثمرة سلم للعامل نصيبه منها وابدى الرافعي احتمالا لنفسه في
منع الفسخ عند بذل الاجنبي وحكي عن ابي حنيفة فيما اذا لم تكن الثمرة ظهرت انه يمنع الفسخ
وقال يساقي الحاكم عن العامل فيما يحصل له فضل من الثمرة وهو الذي حكاه القاضي ابو حامد عن
ابي حنيفة وقال القاضي ابو الطيب انه غير صحيح لان المساقاة انما تجوز اذا كان من جهة الاصل
ومن الاجير العمل والحاكم لا اصل له فيها فلم يصح ان يساقي عنه وهذه العلة من القاضي تفهم
ان العامل لا يجوز له ان يساقي بنفسه وقد صرح في البحر وغيره بالجواز كما حكيناه من قبل
قال فان لم يكن الثمرة ظهرت اي عند الفسخ فالثمرة للمالك لزوال العقد قبل ظهورها الذي
هو سبب ملك للعامل وللعامل اجرة ما عمل لانه عمل في عقد لازم طامعا في العوض فاشبه

المتاجر

المساقاة اذا وقعت الاجارة على عينه وهرب ولا يقال ان الثمرة عند حدوثها توزع على
جميع المدة لان العمل فيها غير منضبط حتى توزع الثمرة عليه وايضا فان الثمرة غير معلومة حالة
العقد حتى يقال مقتضى العقد التوزيع فيها قال وان ظهرت فهي لهما لانه مقتضى العقد
وهذا من الشيخ تفريع على ان العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور اما اذا قلنا انه لا يملكها به فلهما
لو لم تظهر قال فان اختار رب المال البيع فعل اي مع حصة العامل بشرط
القطع لانه يسقط عن العامل العمل فانه لا عمل بعد قطعها ويحفظ نصيب العامل عليه
كذا قاله البندنيجي وصاحب البحر قال وان لم يختر بيع منه نصيب العامل اي او
بعضه على قدر ما يحتاج اليه من الاجرة لانا قدرنا على بيع ماله لوفاء ما في ذمته من حق وهو
العمل لاجل بقاء نصيب رب الشجر من الثمرة عليها وهذا من الشيخ جواب على ما ذكره
في البيع ان بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بدون شرط القطع يصح من صاحب الاصل وفيه
وجه حكيناه ثم انه لا يجوز فعلى هذا متى احتيج كما لو امتنع من الشرا صرح به الاصحاب
قال فان لم يختر اي المالك الشرا تركت الى ان يصطلحا اذ لا طريق غيره قال المزني في
الجامع الكبير ويقال للمالك انصرف فلا حكم لك عندنا ولا يخفى ان مراد الشيخ بما ذكره
اذا لم يبد للثمرة قبل صلاحها اما اذا كان صلاحها قد بدا قبل الفسخ فبيعها من المالك
وغيره ممكن من غير شرط القطع فهي مال من جملة امواله الذي يقدر على التصرف فيها
فيندرج في كلامه الاول واعلم ان ظاهر ما ذكره الشيخ ان لرب المال الفسخ وان كانت
الثمرة قد ظهرت ولذلك قاله الغزالي في الوجيز بنصه وهو ما ذكره في المهذب وصرح به
الامام في صدر الفصل فانه لم يعرض المسئلة الا فيما اذا هرب بعد ظهور الثمرة كما ذكرها المزني
في المختصر ولذلك الماوردي فرض المسئلة فيما اذا ظهرت الثمرة ولم يبد صلاحها وحكى الوجه المحكي عن
ابي اسحاق [illegible] وجهان احدهما الفسخ وقال انه الصحيح عندي لكن الفسخ في المهذب لم
يذكر التفريع الذي ذكره هنا لم يسكت عنه وعن غيره والامام قال اذا جرى الفسخ وقد عمل
العامل بعض الاعمال فلا نقول يستحق العامل جزءا مما شرط له ويسقط جزء بتقدير سقوط
الاستحقاق من الثمار بالكلية ولو جرينا على قياس الاجارة وجعلنا الثمرة بمنزلة الاجرة لا ما
يقتضي [illegible] فان الاجارة اذا انفسخت بعد مدة فظاهرها انها توجب الفسخ فيما استحق
النقيصة لم ينفسخ فيما مضى على ظاهر المذهب واعمال المساقي لا تجري مجرى المنفعة في الاجارة

حتى يقال المنقص منه يسقط من العوض المسمى في المعاملة وهذا يفهم ان الثمرة لهما لرب النخل
وللعامل بحسب عمله ويوهمه انه قال في اخر الفصل في كلام القاضي اشارة الى ان حق العامل انما يسقط
بالفسخ اذا لم تظهر الثمرة واما اذا ظهرت ففي كلامه تردد وظاهره ان الفسخ لو جرى لم يتضمن
اسقاط حق العامل من الثمرة لحلية البقاء على ما ذكرناه في الاخبار فلا يلزم سقوط البعض
ولا مرجع فيه الامام هو ناه في صدر الفصل وما حكاه عن القاضي هو عين ما صار اليه الماوردي
فانه قال لنا الثمرة اذا ظهرت واختار رب النخل الفسخ فهو الصحيح صار العقد منفسخا
في الباقي من الثمرة ثم الصحيح من المذهب لزومه في الماضي من العمل فتكون حصة العامل من الثمرة
مقسطة على الزمان الماضي منه والباقي فيستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله ويستحق
رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضموما الى حصته وقال الروياني انه حسن غريب والذي صار اليه
جمهور المصنفين المحاملي وابو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين ان الفسخ انما
سلط عليه رب النخل اذا لم يكن قد ظهرت الثمرة اما اذا كانت قد ظهرت فان كان قد بدا صلاحها
فان سمح رب النخل ببيع نصيبه مع نصيب العامل فعل قال ابن الصباغ والبندنيجي وحفظ نصيب
العامل ووجهه البندنيجي بان الثمرة لا يستوي بعد قطعها وفي تعليق القاضي الحسين ان في هذه الحالة
ايضا يستأجر من حصة العامل من يعمل عنه وان لم يسمح عرض عليه شراء نصيب العامل او اقاله
هو او بيع الثمرة من صاحب الاصل بدون شرط القطع فان رضي صرف ثمنه او بعضه في اجرة من يعمل العمل
وان لم يرض ترك ويقال له انصرف ولا حكم لك عندنا وهذا هو المناسب فان الثمرة اذا ظهرت
وملكها العامل فقد صارت مالا من جملة اموال المفلس فيعطى بهذا الطريق واي فائدة في الفسخ
قبله والى هذا نحى الرافعي حيث قال بعد حكايته ما ذكرناه عن المهذب ولا يكاد يفرض للفسخ
بعد خروج الثمار فائدة قلت وقد يفرض له فائدة وهي انه لو لم يفسخ يصير متطوعا
بالباقي من العمل وللعامل حصته من الثمرة كما صرح به الماوردي ايضا فانه يمكن بعد الفسخ من
المساقاة عليها على جزء من ثمن نفسه على راي بخلاف ما اذا لم يفسخ فانه لا يقدر على ذلك
فان قيل هل يمكن حمل كلام الفسخ في المفلس على ما حكاه الجمهور من انه لا يمكن من الفسخ
بعد حدوث الثمرة قلت نعم اذا احرجوا او مما يوجد في الفسخ مثل الكلام فان لم يكن
ذلك فله ان يفسخ ان لم يكن ظهرت الثمرة والثمرة للمالك وان ظهرت فهي له الى اخر الكلام والله اعلم
والعجز عن العمل بالمرض يحوج كالهرب قال فان مات العامل فتطوع ورثته بالعمل

استحقوا

استحقوا الثمرة اي التصرف في الثمرة لانها منتقلة اليهم بالارث وقد زال التعلق من الغريم بها
قال وان لم يعملوا استؤجر من ماله من يعمل عنه لانه حق وجب عليه ابقاؤه والمستأجر لذلك
هو الوارث فان امتنع فالحاكم وفي البحر وغيره عن رواية القاضي ابي حامد وصاحب المهذب ان الولد
يجبر على العمل لقيامه مقام المورث فانه يقوم وارث المستاجر مقامه وصدر كلامه بالفسخ بقوله
متطوع ورثته بالعمل قال فان لم يخلف تركة قال فان لرب المال ان يفسخ لتعذر استيفاء
المعقود عليه ويحكى وجه ابن ابي هريرة وما ذكره من التفصيل هو ما صرح به الماوردي وغيره قال
البندنيجي ان ما ذكرناه عند الهرب يجري في هذه المسألة حرفا بحرف الا ان الاجوبة لا يستقرض عليه لخراب
ذمته بالموت وفي البحر قيل لا يستأجر عليه باجرة مؤجلة وهذا اجمله يعني على ان عقد المساقاة لا ينفسخ
بالموت اذا ورد على الذمة فهو الصحيح وحكى الامام عن رواية العراقي وجها ضعيفا ان العقد
ينفسخ بموت العامل قال وملك العامل حصته من الثمرة بالظهور كما يملك رب النخل حصته
بوجه الشرط وربما قد علم انها حصته وهذا اذا اسلفت حصته نصابا او كان المجموع نصابا وقلنا
بصحة الخلطة في غير المواشي اما اذا قلنا انها لا تجري في غير المواشي فلا زكاة عليه قال
وقيل هو كالاجير فيما يهدا والباقي لا يملك الا بالتسليم قياسا على القراض والمذهب الاول
والفرق ان الفائدة هنا لم تجعل وقاية للاصل وليس كذلك في المضاربة فان الربح فيها وقاية
لراس المال فانه لو ذهب منه شيء جبر بالربح ع على القول بعدم ملكه زكاة الجميع تخرج من
الثمرة وهل هي محسوبة من نصيب المالك او من نصيبهما فيه طريقان احدهما حكاه مولس كما
في القراض ولا يخفى الا تتا المذكورة في القراض هنا والطريق الثاني القطع بانها تخرج من الوسط
والفرق بينها وبين القراض ان رب المال لا يختص بعض المال الزكاتي وهو الاصل اختص
بمال الزكاة عن النخل ولما لم يختص رب النخل بشيء من الثمرة لم يحمل زكاة كل الثمرة فرع
لو ظهرت الثمرة بعد لزوم العقد وقبل ان يعمل العامل شيئا من اعمال المساقاة قال صاحب
الحاوي ان كان ذلك بعد وقت الاستحقاق استحق نصيبه من الثمار وان كان قبل الوقت فان
قيل انه اجير لم يملك في ملك الثمرة نصيبه لارتفاع يده وان قيل انه شريك استحق نصيبه
من الثمرة لانها بعد العقد حادثة على ملكهما وعلى العامل اجرة مثل ما استحق عليه من
العمل وقال الامام او وقع الاستغناء عن جميع اعمال المساقاة او معظمها فلا شك ان
هذا يوثر اذ لو قلنا انه لا اثر لذلك لزم ان يستحق ما شرط له من الثمرة من غير عمل وهذا محال

فان الجزء الذي شرط له في مقابلة استحقاق قدر ما عمل ويستحيل ثبوت استحقاقه دونه ويصلح
لي اذا عمل البعض نسبة اجرة المثل الى الأعمال التي لا تسقط من اعمال المساقاة
الاعمال يدور دون ما تعلق سقوطه تاره وتعلق الاثابة تاره حتى تبين انه استتمه
لو كانت اجرة المثل الى جميعه او سقط مثال ذلك من الجزء الثمار فان كان الساقط
نصف اجرة المثل مثلا سقط نصف ما شرط للعامل بقدر الثمار وليس التدارك
اسقاط استحقاقه من الثمار وايجاب اجرة المثل كما ذكرنا في انفساخ العقد ليس
بعد المصير اليه فان تبعيض الثمار عسير في وجه الرأي **فرع** اذا لم تثمر الشجر اصلا
او تلفت الثمار كلها او غصبت فعلى العامل اتمام العمل وان تضرر به كما ان عامل القراض
يكلف التنضيض وان ظهر الخسران في المال كذا حكاه المتولي وليس يخلو ان يعرف
ما ذكره الاصحاب في توجيه وجوب التنضيض وهو انه قبض المال ناضا
والذي قبض يلزمه رده كما اخذه وهذا مفقود هنا وقد قال الرافعي ان ما صار اليه
المتولي اشبه مما ذكره في التهذيب ان الثمار اذا هلكت كلها فالحكم انفساخ العقد
ينفسخ الا ان يريد بعد تمام العمل وتكامل الثمار وانه ان هلك بعض الثمر فللعامل
الخيار بين ان يفسخ ولا شيء له وبين ان يجيز ويتم العمل وياخذ نصيبه من الباقي **فرع**
وان ساقاه في المرض وبذل له اكثر من اجرة المثل فتعتبر الزيادة من الثلث لانه محاباة
فاشبه ما لو اجر داره باقل من اجرة المثل وقيل تعتبر من راس المال كما في القراض
والجامع بينهما انه لم يبذل مالا كما شرط للعامل حين العقد والصحيح الاول والفرق
بينهما مذكور في باب القراض وقد حكى المتولي في باب الوصية انه ينظر الى القدر
الذي يحصل من الثمار دون عمل العامل والى ما يحصل من الزيادة بسبب عمله فان كان
المشروط للمالك دون ما يحصل له من غير العمل لو لم يكن عمل او لم يشرط يعتبر من الثلث
لانه لو ترك المساقاة لم يعتبر ما فاته من الحمل من الثلث وان كان دون ذلك القدر
فقدر النقصان مما كان يحصل له دون عمله يعتبر من الثلث **فرع**
وان اختلفا في القدر المشروط للعامل تحالفا اي مثلا ان قال العامل شرطت لي
النصف وقال رب الشجر الثلث ولا بينة تحالفا لانهما اختلفا في عوض العقد فتحالفا
كالمتبايعين والمتواجرين واذا تحالفا انفسخ العقد وفسخ فان لم يكن للعامل عمل

فلا

فلا شيء له فان كان له عمل فله اجرة مثله سواء اثمرت الشجر او لا اما اذا كانت لاحدهما بينة
عمل بها وان كان لهما بينة على عقد واحد في زمن واحد تعارضتا وفيهما قولان فان قلنا
يسقطان فكان لا بينة وان قلنا يستعملان فعلى هذا القرعة ما جزم به الماوردي
وحكاه الفوراني عن القفال وانه لا يجيء في هذه الصورة قول القسمة والوقف لان
العقد لا يمكن قسمته ولا تاخيره وقفه وحكي عن غيره انه يجري قول القسمة ايضا فيسلم
للعامل ما اتفقا عليه وما اختلفا فيه وهو في مثالنا السدس يقسم بينهما واذا استعملنا
القرعة فخرجت لاحدهما فهل يحلف معها فيه وجهان اصحهما ولنختم الباب
بفروع تتعلق به اذا كانت الاشجار بين شخصين بينهما فساقى احدهما صاحبه على نصيبه
وشرط له نصف الثمرة لم يصح لانه لا يستحق عوضا للمساقاة ومن طريق الاولى اذا شرط
له الثلث لانه شرط عليه ان يترك بعض ثمره وهل للعامل اجرة المثل فيه خلاف
المزني وابن سريج وقد حكى الماوردي ان ابا اسحاق وجمهور اصحابنا وافقوا المزني في
عدم الرجوع ولو شرط جميع الثمر للعامل فسد على الاصح كما ذكرناه وفي استحقاقه
اجرة المثل الخلاف السابق اذا ساقى الاشجار المساقي عليها مستحقة لاخذها
المالك الثمرة ان كانت باقية فان جففها ونقصت القيمة بالتجفيف استحق الارش
والحكم فيما لو فاتت الثمار بالتلف ويستقر وقال القاضي الحسين ويرجع العامل
على المساقي باجرة المثل ان كان قد عمل جاهلا بالحال كما لو غصب نقرة واستاجر
شخصا على ضربها دراهم ولم يعلم الاجير وفيه وجه انه لا اجرة له تخريجا على قول الغرور
لان الذي اتلف منفعته نفسه ولو اقتسما الثمرة وتلفت في يديهما فان تلفت بغير
اورطبا وتمرا ولو رجع بقيمتها وان تلفت بتفريط رجع بمثله فالمالك الرجوع
على المالك في نصيب العامل من ان يطالب بضمانه الغاصب او العامل وقرار
الضمان على العامل وفي تعليق القاضي الحسين حكاية قول في رجوعه على الغاصب
المساقي لو غر وحكي عن ابي العباس فقال هذا كما لو اشترى ارضا وبناها
بناء وغرس فاستحقت وقلع عليه البناء والغراس فانه يرجع بما غرم من النقص
ان كان جاهلا بالحال على البائع الغار وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا وذكر
في التتمة ان بعض الاصحاب بنى المسألة على ما اذا اطعم الغاصب المالك الطعام

العصوب فهو من هنا وجه ان القرار على الغاصب قال الرافعي وهو ما حكاه عن القاضي واما
نصيب الغاصب فللمسقي مطالبته به وهل يطالب العامل به قال القاضي الحسين لا يخلو
اما ان يكون قد دخل الجميع في يد العامل قبل الاقتسام بان احصى الجميع واحرز في موضع
الى ان يقع الاقتسام او لم يدخل الجميع في يده فان كان لم يدخل في يده فلا يطالبه وان
كان قد دخل في يده فقد وجهان اظهرهما عند المعظم كما قال الرافعي نعم لان يده
يد عليه كما يطالب عامل القراض اذا خرج ماله مستحقا والثاني المنع لان يده
لم تثبت عليه حقا بدليل انه لا يلزمه حفظها بخلاف عامل القراض فان اليد للعامل
بدليل انه يلزمه حفظه وهذا ما حكاه الماوردي وحكاه في البحر عن القاضي الطبري
وعلى الوجهين يخرج ما اذا تلف جميع الثمار قبل المقاسمة بجائحة او غصب فعلى الاول
يطالب العامل وعلى الثاني لا ولو تلف شيء من الاشجار فالوجهان واذا قلنا ان العامل
يطالب بنصيب الغاصب فاذا غرمه فهل يرجع به على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع
المودع على المودع والثالث انه يرجع اذا بدا صلاح الثمرة فان وثق المالك بالعامل
ترك الثمار في يده الى اوان الادراك فيقتسمان حينئذ ان جوزنا القسمة او يبيع احدهما
نصيبه من الاخر او يبيعان من ثالث وان لم يثق به واراد تضمينه التمر او الزبيب
بنى على ان الخرص عبرة او تضمين ان جعلناه عبرة لم يجز وان جعلناه في الزكاة تضمينا
انبنى على جواز دخوله في المساقاة وفيه قولان اصحهما على الصحيح دخوله ويجري الخلاف
فيما لو اراد العامل تضمين المالك بالخرص اذا انقطع ماء البستان وامكن رده فهل يكلف
المالك السقي وجهان احدهما لا يكلف اخذا من تسليم الثمار والثاني يكلف لانه
لا يمكن من العمل الا به فاشبه ما لو استاجر قصارا ثم قبل القصار يكلف تسليم الثوب اليه
فعلى هذا لو لم يسع في رده لزمه للعامل اجرة عمله ولو لم يمكن رد الماء جوزنا للعامل الثمار
بجائحة والله اعلم

باب المزارعة

المزارعة ان يسلم الارض الى رجل ليزرع فيها بعض ما يخرج منها هذا
المشهور من التفسير نص في هذه التسمية سواء كان البذر من صاحب
الارض او من العامل او منهما على حسب ما شرطاه صرح به الماوردي وهو
منطبق على قول من ادعى ان المخابرة والمزارعة بمعنى واحد وهو السبكي وقال

لا تعرف في اللغة بينهما فرقا ودخل صاحب الشامل ودفع التمويه انه الذي صار اليه اكثر الاصحاب
وكلام القاضي ابي الطيب يدل عليه حيث قال المخابرة المزارعة ولان الاكار
الذي هو الزراع سمي الخبير وقول الشافعي المخابرة استكرا الارض ببعض ما يخرج
منها ودلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في نهيه عن المخابرة على انه لا يجوز
المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا على جزء من الاجزاء لانه مجهول ولا يجوز الكرا الا معلوما
دليل على ذلك ايضا ولذلك قول الجوهري في الصحاح الخبير الاكار ومنه المخابرة وهي
المزارعة ببعض ما يخرج من الارض وقد ادعى النواوي وغيره ان الذي نقل عن الجوهري
هو ظاهر نص الشافعي والصحيح ان المزارعة المعاملة على الارض ببعض ما يخرج منها
من زرعها والبذر من مالك الارض والمخابرة مثلها الا ان البذر من العامل فتكون
المزارعة على هذا اكترا العامل ليزرع الارض ببعض ما يخرج منها والمخابرة اكترا الارض
للزرع ببعض ما يخرج منها واشتقاقها من الخبار وهي الارض الرخوة وقيل من الخبير
وهو من قال كم خبير ارضك اي كم شرب ارضك حكاه ابو الطيب وقيل من الخبر
وهو الزرع وقيل من معاملة خيبر حيث قررهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فقال
خابروهم اي عاملوهم على خيبر وقيل من الخبرة وهو النصيب حكاه الماوردي قال
ولا يجوز ذلك لما روى مسلم عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة
والمعاومة والمخابرة وعن الثنيا في البيع فثبت المنع في المخابرة بالنص والمزارعة ان لم
تكن هي بعينها فقسنا عليها على انه قد روى عن ثابت بن الضحاك وابن عمر ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة لكن قال الاصحاب ان النهي عن المخابرة ابلغ منه وقد
اشار الشافعي بقوله ولم يرد احد سنته الاجري الى القياس المنسوب من الجوازي
المساقاة والمزارعة او المنع فيهما لان كل واحد منهما عقد على عمل في شيء ببعض ما يخرج
منه غير انا اسقطنا بها السنة والسنة فرقت بينهما والمعنى فيه ان تحصيل
منفعة الارض ممكنة بالاجارة فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها اصله المواشي
وبعضها من الاعيان قال الا على الارض التي بين النخل او ما في معناها
بحيث لا يمكن سقي ذلك الا بسقي الارض فيساقيه على النخل ويزارع على الارض
ويكون البذر من صاحب الارض فيجوز ذلك تبعا للمساقاة وقد استدل الاصحاب

لذلك بما روى مسلم عن ابن عمر قال اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بشطر ما
يخرج منها من زرع وثمر وهو خاص فيقدم على الخبر العام وهو نهيه عن المخابرة وبان
الحاجة ماسة الى تجويز ذلك اذ لو منع ادى الى ان يسلم لرب النخل عمل العامل
في الارض فالعقد على النخل مجانا لانه لا يتوصل الى العمل على النخل الا بالعمل على الاراضي التي
تكون بين ظهراني النخل فيصح هذا العقد تبعا لذلك والتي يجوز ان تدخل في العقد
تبعا وان منع افراده فالعقد على النخل في الظاهر والثمر قبل بدو الصلاح واعتبار
كون البذر من صاحب الارض وان لم يشهد له الحديث ليكون العقدان واردين على
مجرد المنفعة فيحصل التبعية اما اذا امكن سقي النخل وما في معناه بدون سقي الاراضي
التي بينه فلا يجوز المزارعة عليها تبعا للنخل قال وقيل ان كان النخل قليلا
والبياض كثيرا لم يجز الا ان وجد ما ذكرناه من الشروط لان الحكم للاكثر لا يجوز ان يقع العامل
وعلى هذا فالنظر هل هو الى مساحته اي مساحة مغارس النخل او الى الثمر ومثل الغلة
جزء الريع قال العراقي ولعله الاظهر وحكي في البحر وجها غريبا انه يجب ان يكون البذر
من العامل ووجها ان البذر يجوز ان يكون على من شرط من رب الارض والعامل في هذا
قد رجحه البحر ابو علي وغيره وقد اجرى هذا الوجه اصحابنا لو شرط على العامل الثور على
دون البذر وصححه العبادي لانه يصير كانه اكترى العامل وبقيته بجزء من الزرع و
هذا الوجه اذا اخرج العامل البذر على ان يكون التبن والحب الحادث بينهما صح
ولذا لو شرط ان يكون التبن لاحدهما والحب بينهما ولو شرط الحب للعامل
والتبن لصاحب الارض والثور لم يجز ولو العكس لحالك فوجهان والعرق ان صاحب
الارض اصل فلا يجوز ان يعطي ما ليس باصل وهو التبن بنفسه في قول الخ
يجوز ان يكون تبعا للمساقاة ما يعرف ان محل الصحة اذا لم يفرد المزارعة بعقد
فلو ساقاه في البيع من الحمل وغيره وصورته ان يقول ساقيتك على النخل
وزارعتك على البياض الذي بينها بكذا فيقول العامل قبلت ويقوم مقام ذلك
قوله عاملتك على هذه النخل والبياض الذي بينها بكذا صح في المساقاة دون المزارعة
صححه القاضي ابو الطيب وقال في البحر يجب ان يبنى هذا على تفريق الصفقة ولو افرد
كلا من المساقاة والمزارعة بعقد فان عقد المزارعة بطل وان عقد المزارعة

الصحة

180

الصحة وجهان يشبههما القاضي ابو الطيب والماوردي بهما مما اذا باع الثمر قبل بدو
الصلاح من صاحب الاصل بغير شرط القطع وحكى الامام صحة عقد
المزارعة اذا افرد بثلاثة اوجه اقيسها عدم الصحة واعدلها ثالثها وهو
ان تقدمت المساقاة صحت المزارعة والا فلا قال ومن قال بالصحة المزارعة عند
التقدم فلا انزله الا موقوفا على وجود عقد المساقاة وان صح هذا الوجه فهو
يشبه بما اذا باع الثمر قبل بدو الصلاح مطلقا ثم باع الاصل من مشتريها
فرع لو قال ساقيتك على النخل بكذا وزارعتك على البياض الذي بينها
بكذا فقال العامل قبلت قال القاضي الحسين ان صححنا المزارعة عند افرادها
بالعقد فههنا اولى والا فوجهان نظرا الى اتحاد القبول ولو قال زارعتك
على البياض وساقيتك على النخل بكذا فقال العامل قبلت بعد حكى الامام
عن القاضي انه يصح وجها واحدا وقال ان الذي تقدم يصح قال
ولا يجوز الا على جزء معلوم من الزرع كالمساقاة ويجوز ان يكون نسبته لما ساقاه هو
الاقرب ويجوز ان يجعل بشرط اخر وهو ان يكون الجزء المشروط من الزرع للعامل
مثل الجزء المشروط له في المساقاة كما حكاه الماوردي عن البصريين لكن الراجح وهو الذي
جزم به المحاملي والقاضي ابو الطيب وحكاه الماوردي عن البغداديين عدم اشتراط ذلك
بل يجوز ان يشترط من الزرع الربع ومن الثمر النصف وبالعكس ثم ختم الباب
بذكر فائدة وفرع يتعلق به فالفائدة ما الحيلة في تحصيل مقصود الزراعة اذا لم
يكن ثم نخل قلت قد ذكر الاصحاب في ذلك صورا فلنقتصر منها على ما نص عليه
الشافعي وهو ان يكري مالك الارض نصفها بنصف عمل العامل ونصف منفعة
الالات التي يستعملها العامل ان كانت الالات له ويكون البذر مشتركا بينهما
مستويان في الزرع على حسب الاشتراك في البذر والفرع لو كان بين النخل
المساقاة زرع لرب النخل كالموز والبطيخ وقصب السكر فساقاه على النخل
والزرع معا على ان يكون بينهما بالنصف بينهما فيه وجهان احدهما يجوز المساقاة في
الزرع تبعا للمساقاة في النخل كما يجوز المخابرة تبعا للمساقاة والثاني لا والفرق
ان المساقاة على الزرع من اصلها وبعض الاصل والمخابرة على الارض لا تستحق فيها شيء من الاصل
كذا قال الماوردي والله اعلم

باب الإجارة

الإجارة بكسر الهمزة وقيل بضمها مصدر أجر يؤجر إجارة وهي مشتقة من الأجر والأجر ثواب العمل وعوضه قال في الدعاء آجرك الله أي أثابك فكأن الأجر عوض عمله كالثواب عوض عمله وهي في الشريعة عقد على منفعة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم ويقال استأجرت دار فلان وآجرني داره ومملوكه يؤجرهما إيجارا فهو مؤجر وأجرت داري أو مملوكي غير ممدود وآجرت ممدود والأول أشهر قال الأخفش ومن العرب من يقول أجرت غلامي أجرا فهو مأجور وآجرته إيجارا فهو مؤجر وآجرته على فاعلته فهو مؤاجر والأصل في مشروعيتها قبل إجماع الصحابة والتابعين من الكتاب قوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وقوله تعالى على أن تأجرني ثماني حجج الآية وقوله تعالى قالت إحداهما يا أبت الآية وهذا وإن ورد في شرع من قبلنا فقد ورد في شرعنا ما يقرره فإن في صحيح البخاري عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره وروي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه وروي أنه عليه السلام لما ولد إبراهيم استأجر له ظئرا يقال لها أم سيف امرأة قين بالمدينة يقال له أبو [illegible] وغير ذلك من الأخبار والآثار ومن جهة المعنى أن الحاجة إلى الإجارة داعية والضرورة إليها ماسة فإنه ليس لكل أحد ظهر يركبه ولا دار يسكنها ولا يقدر كل أحد على أن يعمل جميع ما يحتاج إليه من الأعمال بنفسه وإن قدر لا يحسن منه فجوزت لذلك قال الإجارة بيع لأنها تمليك من كل من المتآجرين لصاحبه فإن المستأجر يملك المنفعة في مقابلة الأجرة والآجر يملك الأجرة في مقابلة المنفعة فكان كبيع العين بالعين واختصاصه باسم الإجارة لا يخرجه عن أن يكون بيعا ألا ترى أن الصرف والسلم والصلح بيع وإن اختص باسم إذا تقرر ذلك فما المعقود عليه الذي ذهب إليه الأكثرون أنه المنفعة وتوجه العقد إلى العين لتعيين المنفعة لأنه يرد العقد عليها قال أبو إسحاق إنما المعقود عليه العين دون المنفعة ليستوفي من مقصوده المنفعة لأن المنافع غير موجودة حين العقد فلا يجوز أن يتوجه العقد إليها وحكاه الماوردي والإمام القاضي أبو الحسن وجها فإنه

قال

قال الأصح أنها عقد على العين لاستيفاء المنفعة منها وهذا حقيقة ما ذهب إليه أبو إسحاق وقال الإمام إن القاضي أشار بذلك إلى أن العاقد يقول آجرتك هذه الدار فيضيف لفظه إلى عينها والمقصود استيفاء المنفعة منها ومن هذا أخذ الرافعي أن هذا الاختلاف ليس خلافا محققا لأن من قال المعقود عليه العين لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع ألا ترى أنه قال المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة ومن قال المعقود عليه المنفعة لا يقطع الحق عن العين بالكلية بل له تسليم العين وإمساكها مدة العقد لينتفع بها وقد حكي في البحر وجها في أن حلي الذهب لا تجوز إجارته بالذهب وحلي الفضة لا تجوز إجارته بالفضة ولا يظهر له وجه إلا التخريج على مذهب أبي إسحاق وإذا كان كذلك فبينهما خلاف محقق وينشأ منه الاختلاف في هذا الفرع ثم على الصحيح هل تحدث المنفعة على ملك المستأجر أو على ملك الآجر ثم تنتقل إلى المستأجر المشهور الأول وفي الحاوي حكاية خلاف في ذلك حكاه عند الكلام في أن الآجر هل يجوز أن يستأجر العين المؤجرة من المستأجر وقال ابن الساعي أشار إليه في كتاب الرهن قال فتصح ممن يصح منه البيع أي فلا تصح من صبي لأنه قد ثبت أنها بيع وهذا حكم البيع قال وتصح بلفظ الإجارة لأنه الموضوع لها ولا فرق في ذلك بين أن يضيف الإجارة إلى العين بأن يقول آجرتك منفعة هذه الدار كما صرح به ابن الصباغ وصاحب المرشد والقاضي الحسين في ضمن فرع أوله إذا كان [illegible] بين رجلين مشتركة وعلى هذا يتوجه ذكر المنفعة ضرب من التأكيد كما يقال بعتك عين هذه الدار ورقبتها فإنه يصح وقد صرح في المهذب عامة بهذا الوجه ثم قال وقيل لا يصح وهو ما حكاه القاضي حسين في أول هذا الباب والإمام والمتولي وتابعه ووجهه القاضي بأن لفظ الإجارة إذا أضيف إلى شيء يقتضي منفعة ذلك الشيء فإذا أضيف إلى المنفعة اقتضى منفعة المنفعة وليس للمنفعة منفعة وحكم إضافة لفظ الكرى بالمد إلى الدار أو إلى المنفعة حكم إضافة لفظ الإجارة إلى ذلك وقد صرح بالصحة فيما إذا أضيف إلى المنفعة القاضي أبو الطيب حيث قال الصور الصحيحة لعقود المزارعة قال وبلفظ البيع لأنه قد ثبت أنها بيع والبيع ينعقد بلفظه وهذا ما حكي عن ابن سريج والمعتبر عنده أن يضيف العقد إلى المنفعة فيقول بعتك منافع هذه الدار شهرا من الآن بكذا فلو أضافه إلى العين بأن قال بعتك الدار شهرا بكذا كان بيعا فاسدا للتأقيت وحكى الشيخ

في المهذب وغيره وجها انه لا يصح عقد الاجارة بلفظ البيع وادعى القاضي الحسين وصاحب
المهذب انه الاصح والامام والعراقي والرافعي انه الاظهر لان البيع مخصوص بالاعيان عرفا
وحكي عن ابي العباس الروياني حكايته طريقة قاطعة به وحكى الامام اتفاق الاصحاب على انها تنعقد
بلفظ التمليك لعدم اختصاصه بعقد وحكي في البسيط طرد الخلاف في لفظ البيع فيه وقد تقدم
في باب المساقاة حكاية وجه في انعقاد الاجارة بلفظ المساقاة قال ويصح على
منفعة مباحة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فنبه جوازها على الارضاع بهذه الاية
مع لين الغذر فيه لان اللبن قد يقل ويكثر ولذلك شرب الصبي فجوازها في غيره وقد قال الشافعي
لو لم يكن في الاجارة الا هذه الاية لكانت كافية في الدلالة عليها ولان المنافع كالاعيان فاذا جاز
عقد البيع على الاعيان جاز عقد الاجارة واعلم ان الشروط المعتبرة في المنفعة سبعة
احدها ان تكون مباحا وليس المراد بها ما يعتبره الاصوليون فان الاستيجار لتحصيل الحج وتفرقة
الزكاة وغسل الميت ودفنه جائز وكذا تعليم القرآن المفروض منه عينا وهو الفاتحة وكفاية
وهو ما عدا الفاتحة كما صرح به الامام في كتاب الصداق ومحل جوازه بالاتفاق اذا لم يتعين
ذلك على المستاجر وكذا اذا تعين عليه بان لم يكن ثم احد على اصح الوجهين بل المراد على ان لا تكون
محرمة الثاني ان تكون مقدورا على تسليمها الثالث ان تكون معلومة القدر والصفة اما ترد
العين الموجودة او بالوصف ان حصل به الغرض الرابع ان يمكن اتصال الشروع في استيفائها بالعقد
ولهذا ما ذكره الشيخ مصرح به الخامس ان تكون مبيوعة واحترز به عن المنفعة التافهة كما اذا استاجر
تفاحة للشم فانه لا يجوز كما لا يجوز بيع حبة من الحنطة ولو كان تفاحا كثيرا جاز كما قاله الرافعي فانه
لا يقاعد عن استيجار الرياحين والمسك للشم وقد نصوا على جوازه السادس ان لا يتضمن
العقد عليها استهلاك عين قصدا واحترز به عن استيجار الاشجار لثمارها والشاة للبنها
والبركة لحيتانها ونحو ذلك وقد يستثنى استيجار المرضعة فاستدرك على راي وكذا الدار
التي فيها بئر فانها تستوفي ماؤها تبعا لا قصدا وجعل الرافعي المجوز للاستيجار على الرضاع
للضرورة والحق به في الحكم البئر تستقي ماؤها وعين ينبع منه فاستدرك ولو استاجر بركة
ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك جاز وفيه وجه انه لا يجوز السابع ان تكون واقعة للمستاجر
عوضا عن ملكه واحترز به عن مسايل منها اذا استاجر المسلم للجهاد لان الخطاب به متعلق بالمسلمين
على العموم فيكون الاجير فيه كالماخوطب به ويستفاد ان يقع فعله عن غيره ويجوز استيجار الذي عليه
للامام
للامام على المذهب لان المنفعة تعود للمسلمين دونه ومنها الاستيجار للاذان وفيه ثلاثة
اوجه احدها وبه قال الشيخ ابو حامد وقال ان ابن المنذر نقله عن الشافعي انه لا يجوز للامام ولا
لغيره والثاني يجوز للامام ولا يجوز لغيره واذا قلنا بالجواز فتبعته الاقامة وما الذي يقابل الاجرة فيه
اربعة اوجه احدها رعاية الوقت والثاني رفع الصوت والثالث الاشارة بالحيعلتين والرابع وهو
الاصح جميع الاذان بجميع صفاته وكل ذلك مذكور في باب الاذان وقد الحق القاضي الحسين بما وسعه
الاستيجار لقراءة القرآن على راس القبر منه بالاذان وتعليم القرآن وجزم فيه بالصحة ومنها
الاستيجار لامامة الصلوات المفروضة لا يجوز وكذا في صلاة النفل والتراويح على اصح الوجهين
لان الامام يصلي لنفسه ومهما صلى اقتدى به من يريد وان لم ينو الامامة على الاصح خلافا
لوجه حكاه العبادي في الزيادات ان من شرط صحة الاقتداء نية الامامة ومن جوز الاستيجار
عليها الحقه بالاذان للاذى الشعار ومنها الاستيجار للتدريس والاقراء من غير ان يعين
اشخاصا للقراءة والاشتغال بالعلم لا يصح دون ما اذا عين اشخاصا ومسايل محصورة او
سورا او ايات باعيانها فانه يصح وعن الشيخ ابي بكر الطوسي تردد جواب في الاستيجار لاعادة
الدرس وابدى الامام احتمالا في جواز الاستيجار على التصدر للقراءة قال
وفي استيجار الكلب للصيد والفحل للضراب والدراهم والدنانير للزينة وجهان اظهرهما انه
لا يجوز اما في الكلب فلانه يحرم اقتناؤه الا للصيد والحراسة وما ابيح للحاجة لا يصح اخذ العوض
عنه كالميتة ولانه لا قيمة له لعينه فكذلك المنفعة واما الفحل فلما روى الدارقطني عن ابي
سعيد الخدري قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ضراب الفحل وعسب الفحل الكراء الذي
يوخذ على ضراب الفحل كما قاله الجوهري وابو عبيد وتوبيه رواه الشافعي وقيل عسب الفحل
ماؤه فعلى هذا يكون حديث ابي سعيد امضى النهي عن بيع ماء الفحل وقيل عسب الفحل ضرابه قاله
الجوهري ايضا فيكون المضمر البيع وتوبيه رواه جابر ولان فعل الضراب غير مقدور له لانه
متعلق باختيار الحيوان واما في الدراهم والدنانير فلان منفعة التزين بها من النقدين لا
تقصد الا نادرا والاغلب سواها وهو التصرف فيها فصار حكم الاغلب هو المغلب واذا كان
كذلك كان لا منفعة مع ان ما قصد فيه غرور فلا تعانى عليه ولان هذه المنفعة لا تضمن بالغصب فلم
يصح عقد الاجارة عليها كوطي الامة والوجه الثاني الجواز لان هذه المنافع يستباح بالاعارة
فاستحقت بالاجارة كغيرها من المنافع وهذا ما اجاب في مسئلة الكلب صاحب المرشد والبحر

ولذا الامام في بيع الكلاب وقال لا يتجه عندنا تخريج الخلاف فيه على ان المعقود عليه
المنفعة او العين فان هذا اشتغل باجارة الحر وقال الحلبي انه يبنى عليه وجه جواز الاجارة
على الخلاف في ان منافع الكلب مملوكة او مستباحة واجارة الفحل اي هو صحة استئجار
الفحل للضراب قال الرافعي في الشرح ويجوز ان يعطي صاحب الانثى صاحب الفحل شيئا على سبيل
الهدية اي على الوجهين واجاب القاضي الطبري بصحة اجارة الدراهم والدنانير ونقله عنه
في البحر وحكم اجارة الكلب للحراسة وكلب الماشية يحكيه القاضي الحسين حكم اجارة الكلب
للصيد وحكم اجارة الاغنام لوجه من وجوه الانتفاع فاجازه محلي عن الشاملي او الطعام
لتعاير مثلا لا كما قاله الماوردي وليس من الحوالة كما ابداه الامام تخريجا حكم اجارة النقدين
والذي جزم به القاضي الحسين عدم الصحة في اجارة الطعام للزينة وعلى ذلك جرى في الوسيط
والحق الماوردي وغيره بطرف الخلاف اجارة الاشجار للاستظلال بها ولتجفيف الثياب
عليها او لربط المواشي او السفن اذا كانت هذه المنفعة غير مقصودة منها في العرف
وجزم بالجواز فيما اذا صار ذلك مقصودا منها فيها واطلق ابن يحيى القول بجواز اجارتها
لنشر الثياب عليها وربط الدواب فيها وهذا ما حكى الرافعي عن بعضهم تصحيحه وان اجرى
الخلاف لانها منافع مبهمة واجرى في التهذيب الخلاف في استئجار البيغا للاستيناس
بصوتها وبالجواز اجاب المتولي وطرده في ما يستأنس بلونه ولذا اجاب به المنيعي
في ما اذا كان على ابن يطوف مباحه فاستاجره للنظر اليه والحقه باستئجار المصحف او
الدنانير او الحائط الذي عليه شي منقوش ليقراه فانه سئل عما سئل عن محل الخلاف في
استئجار الاستظلال وقال ان كان الموضع الذي يستظل فيه مباحا او منفعة
مملوكة للمستاجر فالاستظلال حاصل له بغير اجرة فلا يصح الاستئجار له لان بذل المال
في غير منفعة ويشهد له ان العمراني في الزوائد حكى ان القاضي ابا الطيب قال في المنهاج
لو استاجر شيئا بالنظر اليه لم يصح لما ذكرناه وان كان مملوكا لصاحب الاستئجار فاجارة
واقعة على الجميع فينبغي ان يصح جزما وجوابه من وجهين احدهما ان المراد الصورة الاولى وتكون
فائدة الاستئجار اللبس من ازالة ذلك الثاني ان يصور المسئلة بما اذا كان ظل الاستئجار
لا يصل الى الموضع الذي يراد لذلك الاستظلال فيستاجر لاجل الاستظلال ولا
ولا يصح على منفعة محرمة كالغنا والزمر وحمل الخمر اي لاجل الاراقة لان ذلك محرم
فلم

فلم يجز اخذ العوض عليه كالميتة والدم وكذلك يحرم حمل الخمر الخبر المشهور وفي معنى ذلك استئجار
المراة عبدا اجنبيا والرجل حرة للخدمة وفي استئجار الامة وجهان في التتمة وكذا في استئجار الكافر
المسلم للخدمة اذا وقع العقد على عينه والابن والده للخدمة وجهان ومن المتفق على منع الاستئجار
له كونه محرما بناية البيع والكنائس للتعبد وتعليم السحر والفحش والتوراة والانجيل وتعليم
القران لكافر لا يرجى اسلامه دون ما اذا كان يرجو الاسلام وكذا اجاب به الغزالي كما
صرح به الماوردي لانه ممنوع من مس المصحف وكذا الحائض لكنس المسجد ووقع عضو سليم من ادمي
او غيره او سن صحيحة او الختان في وقت الحر الشديد والبرد الشديد او في صغره لا يحتمل الم
كما صرح به القاضي الحسين وابدى في الوسيط احتمالا في جواز استئجار الحائض لكنس المسجد
وان كانت تعصي به كما يصح الصلاة في الارض المغصوبة وحكى في الابانة قبيل باب الصيد
والذبائح ان مسلما لو اجر نفسه لذمي ليبني له كنيسة قال الشيخ فعن كرهته منهم من
قال هي كراهة تحريم فاذا عمل لم يستحق اجرا ومنهم من قال بل كراهة تنزيه فيصح العقد
ويستحق الاجرة لان الكنيسة انما هي اماكن البيع فلعله يستعملها في سكنى الدار اما الاستئجار
على حمل الخمر للاراقة فيجوز كالاستئجار على نقل الجلد وحمل الجيفة الى المزبلة وكذا
الاستئجار لقطع يد مستحقة لانا قلنا بجواز القطع اذا ضعف الالم وقال اهل الخبرة انه
نافع وعن الشيخ ابي محمد انه لا يجوز القطع في هذه الحالة ايضا لان القطع انما يقع اذا
وقعت الحديدة على محل صحيح فعلى هذا يمتنع الاستئجار ايضا عليه مطلقا وهو مطرد في
الاستئجار على قلع السن الذي يتألم وقد صار الى الصحة منهما القاضي الحسين وقال انما
يعقد حالة لان الوجع يصح ساكن ولا يتحقق امكان الوفاء بهذا العمل ورأى الامام
تخصيصه بالقلع لان احتمال سكون الوجع في الزمان الذي يعرض فيه القلع غير بعيد اما
زوال الالم في زمان القطع فانه غير محتمل واجرى الخلاف في الاستئجار للفصد
والحجامة وشرع الدابة لان هذه الايلامات انما تباح للحاجة تنبيه كلام الرافعي
مصرح بان الغنا حرام وكذلك ابن الصباغ حيث قال في باب بيع المراة ان استئجار
الجارية للغنا لا يصح لانه حرام وكلام القاضي ابي الطيب في باب بيع المصراة يقتضي حلاله
فانه قال واما قول مالك ان الغنا حرام فلا نسلم ذلك وانما قال الشافعي انه لهو
ولعب وسخف وليس من اخلاق ذوي الدين وليس ذلك باحد الوجهين في المسئلة

بل كلام النسخ محمول على ما اذا انبعث شيء من آلة الملاهي المحرمة كالمزمار ونحوه وما قاله
القاضي محمول على ما اذا لم يصحبه شيء من آلة الملاهي وقد صرح بهذا الحكم في الحالين
الماوردي والشاشي في الحلية كلامهما في باب السلم احـــــ والغنا بكسر الغين والمد وله
بعد الالف وفي نقع التمويه انه مستعمل مقصورا وانه مشتق من الغنة وهو خروج الصوت
من الانف واما الغنى بالمال فانه مقصور بعد بالكا قالـــــ ويصح الاستيجار على
مقعد عن مقعده كاستيجار الدار للسكنى والمراة للرضاع والرجل للحج وتحصيل حموله الى
مكان كما يصح البيع على معين وموصوف في الذمة وقد استدل الاصحاب لصحة الاستيجار
على الحج بانه عمل تدخله النيابة فجاز العقد عليه كتفرقة الزكاة ولانه عمل معلوم فصح اخذ
الرزق عليه فجاز اخذ الاجرة عليه كبنا المساجد واعلم ان الاجارة للرضاع مطلقا
تتضمن استيفا اللبن ووضع الصبي في الحجر وتلقيمه الثدي وعصر الثدي عند الحاجة اليه لكن
هل الاصل فعلها واللبن تابع او اللبن هو المقصود والفعل يتبعه فيه وجهان في الرافعي اصحهما
الاول والذي حكاه القاضي ابو الطيب والمحاملي ان الاصحاب اختلفوا فمنهم من قال العقد
واقع على اللبن والحضانة والخدمة تابعة ومنهم من قال العقد واقع على الحضانة والخدمة
واللبن تابع له قال المحاملي وهو الصحيح وقال في المهذب انه المذهب ووجهه القاضي ابو الطيب
بان العين لا تملك بالاجارة ولهذا لا تجوز اجارة البقرة لسقي ماتها ويجوز على طريق التبع
كما اذا استاجر دارا استعمل ماء البئر وهذه العبارة تفهم خلاف ما تفهمه عبارة الرافعي
فان لفظ الخدمة والحضانة لا تصرف عرفا وشرعا على وضع الصبي في الحجر وتلقيمه الثدي فقط
بل تصدق بذلك كما صرح به القاضي الحسين وصاحب البحر على حفظ الصبي وتعهده وغسل راسه
وثيابه وخرقه وتطهيره من النجاسات وتدهينه وتكحيله واضجاعه في المهد وربطه
وتحريكه لينام وما اشبه ذلك لزم مما ذكره المحاملي وابو الطيب ان تعمد الاجارة على
الارضاع تتناول ذلك كله لكن اصلا وتبعا كما تتناول في نقله عن الرافعي اللبن ووضع
الرضيع في الحجر وحكى الماوردي انه اذا استاجر للرضاع والحضانة هل عليها الرضاع
والحضانة والخدمة ومقتضى هذا البنا ان يكون الصحيح المزوم اذ الصحيح كما ذكرنا
ان العقد واقع على الحضانة والخدمة وقد حكى الرافعي ان الاصح خلافه وحكى الخلاف
فيما اذا استاجر للحضانة هل يستتبع الرضاع والذي جزم به القاضي الحسين عدم استتباع

الحضانة

الحضانة الرضاع وهذا كله اذا لم يصرح بهما ولا نفى احدهما فلو صرح بهما بان استاجر
على الرضاع والحضانة تعين الاتيان بهما لكن المقصود اللبن او الحضانة والخدمة او المجموع
مقصود بالعقد فيه ثلاثة اوجه حكاها القاضي الحسين وان فائدته تظهر فيما اذا
فقد احدهما هل ينفسخ العقد ويسقط الحارم قال والوجهان في مطلق الاجارة على الارضاع
هل ينفسخ الحضانة تخرج بناء على هذا الاصل ان جعلنا اللبن تابعا لم يستتبعها وان
استتبعها ولو صرح بالاستيجار على الرضاع دون الحضانة فقد حكى الرافعي عن الاكثرين ان
اصح الوجهين الصحة كما لو استاجر للحضانة دون الرضاع وان الامام قال محل الخلاف
فيما اذا ورد العقد على صرف اللبن او الصبي وقطع عنه وضعه في الحجر اما الحضانة بالتفسير
الذي ذكرناه فلا خلاف في جواز قطعها عن الرضاع قلتـــــ وكلام القاضي الحسين
مصرح بالخلاف فيها ثم ان صح ما قاله الامام لزم ان يكون الاصح في هذه الحالة البطلان
ان قلنا ان الاصح عند اطلاق العقد ان اللبن تابع كما هو من قبله وقد حكى عن الاكثرين الصحة
ولتعلم ايضا ان جواز الاستيجار على البيع والشرا اذا لم يكن الاستيجار على بيع شيء معين
ولا على شرا شيء معين وبيان بما يلحق المستاجر فيه كلفة كما اذا استاجر على بيع ثوب او عبد
او نحوهما او شرا ذلك اما لو استاجر على بيع شيء معين او شرا شيء معين لم يصح لانه
استيجار على شيء غير مقدور على تحصيله حكاه الرافعي في اواخر هذا الباب وحكى في
البحر انه لو استاجره ليشتري له ثوبا بعينه جاز ولو استاجر على كلمة البيع او كيله بروح
فيه السلعة ولا تعب فيها فلا يصح الاستيجار على بيع ما استقرت قيمته في البلد كالخبز واللحم
ونحوه لم يصح لانها منفعة غير مقصودة غالبا قال الرافعي ولم يجعلوا ذلك من الوجهين
في ـــــ الحمولة بضم الحا هي الاحمال وبفتحها هي الابل التي تحمل الاحمال والفرش
صغارها قال الله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا ولا يحتاج في العقد على الحمولة
الى معرفة الحمولة الا ان يكون المحمول زجاجا ونحوه او يكون في الطريق مطر او
نظر فيحتاج اليه كما يحتاج الى وصف الحمولة في كل حال قالـــــ
وان كان على منفعة عين لم يجز الا على عين يمكن لا ان المنفعة فيها كالعين في
البيع ولا يجوز البيع في عين لا يقدر عليها فكذا الاجارة ومن هذه القاعدة
يوخذ منع الاستيجار في مسائل بعضها مذكور في الكتاب وبعضها مصرح

به في عين منفعتها استئجار منفعة الغير للرضاع وعين لا يجوز بغير اذنه لان اوقاتها مستغرقة
لحق الزوج فلا تقدر على توفية ما التزمته فيصح باذنه ومنهم من صححه بغير اذنه ايضا
وهو المختار في المرشد لان محل الاستئجار غير محل النكاح ولا حق له في تسبيبها وحدها منها
وعلى هذا فللزوج فسخه لئلا يختل حقه نعم لو كانت اجرت نفسها ولا زوج ثم نكحت في
المدة لم يكن له فسخها فلو وقع ذلك باذنه فلو كان ما هلا ما كان في الحاوي في باب
النفقات ان له الخيار لفوات الاستمتاع عليه بالنهار ولا يسقط خيار رضا
المستاجر بالاستمتاع وحينئذ لا يثبت الخيار فللزوج ان يستمتع بها في اوقات فراغها
ولو كانت الاجارة للرضاع فهل لولي الطفل منع الزوج من وطئها فيه وجهان وجه
المنع خشية حبلها فينقطع اللبن او يقل فيضر بالطفل ووجه الجواز وهو الذي اجاب
به العراقيون ان الحمل موهوم فلا يمنع به المستحق وفي المهذب ان الاصحاب قالوا ان
كان يضر باللبن منع واذا منع الزوج فلا نفقة لها عليه ولو اجر السيد الامة المزوجة
جاز ولم يكن للزوج منعها من المستاجر لان قبله بدل الشيء واستئجار الزوج زوجته
للرضاع وخدمة البيت مثل الكنس والطبخ والغسل ونحوه مذكور في باب النفقات
من هذا الكتاب وربما بعض ما ذكرناه هنا مذكور فيه ايضا قال
وان استاجر ارضا للزراعة لم يجز حتى يكون لها ماء يومن انقطاعه كالنهر والمد بالبصرة
والثلج والمطر في الجبل لتيقن حصول المعقود عليه قال وان كان بمصر لم يجز حتى يروى الارض
بالزيادة لان الماء ليس لها شرب الا من ماء النيل لان نيل مصر ان لا يوثق به بحصوله
خلاف ما يروى من الاراضي بمد البصرة وانه يجوز اجارتها للزرع قبل ريها بالمد باتفاق
الاصحاب فاجاه الاملع لانه اثبت من كلها عن ولذا اجارة الجبل للزراعة قبل اوان
المطر ووقوع الثلج الذي يحيي الارض خلافه لان ذلك معلوم الوقوع والغالب منه
تلفي بالعبرة الظاهر انما اطلقه الشيخ في ارض مصر محمول على ما اذا كانت لا تروى
عما يزيد من الماء في الغالب لخمسة عشر ذراعا فما دونها او كانت تروى من ذلك لكنه لا يمكنها
الاستعمال لعلمان الارض الزرع قبل حصول الماء عليها كما صرح به ابن الصباغ والمتولي
وابو الطيب اما اذا كانت الزراعة ممكنة قبل حدوث الزيادة المعتادة التي لا
تنقطع الا نادرا فالعقد صحيح كما صرح به ايضا فانه قال ان الارض التي يمكنها

المطر

المطر المعتاد والنداوة التي تصيبها من الثلج المعتاد في الجبل لا يجوز اجارتها للزراعة
قبل حدوث ذلك فيهما كما هو ظاهر قول الشافعي في المختصر ان مجاري الارض التي لا ماء لها
وانما تسقى بنطف من السماء او سيل ان جاء فلا يصح ووجهه بان السقي متيقن عنه في
الحال والماء المتوقع لا يعرف حصوله ويتعذر حصوله لا يعرف انه هل يحصل في الوقت
الذي يمكن الزراعة فيه ام لا وهذا عزو ومقتضى التعليل انه يقول بطرده في
مسيلنا وقد وافقه الماوردي فيما اذا اجره فانه شرط ان يكون الماء موجودا حالة الاستئجار
الا في مد البصرة والجمهور الى الاول وبه قال القاضي الحسين موجها ذلك بان توهم الانقطاع
عند الحاجة لو منع صحة العقد لامتنع فيما اذا كان لها شرب من نهر او عين او بير لانه
ما من ماء الا ويتوهم انقطاعه واما النص فمحمول على ما اذا لم يرج ذلك عن مجاري وانما
يتفق ذلك نادرا وقد اتفقوا على المنع في هذه الحالة ويؤيد ذلك ان النطف باسكان الطاء القليل
الذي يقطر ومنه سمي المني نطفة لانه يقطر وقد اغرب في البحر حيث حكى في اراضي البصرة وجها انه
يجوز اجارتها الا على شرط انه لا ماء لها [illegible] وظاهر كلام الشيخ يقتضي جواز الاجارة
عند ري الارض بمصر وان لم ينحسر الماء عنها كما هو ظاهر نص الشافعي وذلك منع من الزرع
فينبغي ان لا يصح قبل انحساره لعدم امكان اتصال الشروع في الاستيفاء بالعقد قلت
لاجل ذلك منع بعض اصحابنا العراقيين [illegible] اذا كان الاستئجار للزراعة ما لا يمكن
زرعه مع قيام الماء [illegible] الامام وحمل النص [illegible] الشيخ ابو حامد على ما اذا كان
المستاجر له زراعة الارز فانها تمكن مع الماء والصحيح عند القاضي الحسين وبه جزم ابو
الطيب انه لا فرق بين الارز وغيره والنص جار على عمومه لان الماء اذا كان على الارض
فهو من مصلحتها لانه يحرق العروق التي فيها فكان بمنزلة العمارة وايضا فان الارض التي
لها شرب يصح اكراؤها للزراعة في غير يوم شربها على [illegible] فيتصل العقد عن استيفاء
المنفعة ثم يستوفيها على حسب العادة فكذلك ههنا قال القاضي الحسين فان قيل كلام
الشيخ يقتضي انه لا فرق بعد حصول الري في جواز الاجارة بين الاراضي التي يعلم
انحسار الماء عنها وقت الحاجة وبين [illegible] لها موضع ينصب اليه الماء اولا والجواز ظاهر في الحالة
الاولى دون الثانية فانه لا يتحقق القدرة على الانتفاع عند الحاجة فينبغي ان يمنع في هذه الحالة
قلت قد صار اليه بعض المتقدمين كما حكاه ابن ابي هريرة وحمل كلام [illegible] على الحالة التي يعلم

بعدم الانحسار وهو موافق مذهب القفال فيما اذا كان الماء معدوما في الحال وغلب
وجوده عند الحاجة وظاهر النص لهما وبه قال ابو اسحاق وجزم الامام بالجواز اعتمادا
على ما استقر من العرف فيها ولا يخفى ان محل الجواز عند رؤية الارض اما قبل الترك
او بعده لكون الماء صافيا اما اذا لم يرها لكون الماء كدرا خرج على القولين في بيع الغائب وكلام
القاضي الحسين يقتضي الجواز على الجديد فانه قال وان كان هذا ليس من مصلحة الارض
وامتناع الرؤية لما هو من مصلحته التي لا تتم الا بها من العقد فحسنوا الجنة لما كان يستتر الماء فيه
من مصلحة المبيع العقد عليه وهذا ما جعله الرافعي الاصح وان نقل الخلاف وضعفه الامام وجزم
القاضي ابو الطيب والماوردي بخلافه واعلم ان الارض التي لها شرب معلوم اذا اوجرت للزراعة
وصرح بادخال الشرب فيها صح وكذا الشرب وان سكت عنها صح ايضا لتيسر سقيها من مكان اخر
وان اطلق دخل الشرب في الاجارة اذا اطرد العادة باجارة الارض مع شربها بخلاف
ما اذا باعها لا يدخل حق الشرب فيه لان المنفعة في الاجارة لا تحصل دونه ولو اضطربت
العادة في تبعية الشرب فثلاثة اوجه اظهرها انه لا يحصل الشرب بالعقد والثاني يتبع
لان الاجارة معقودة والثالث ان العقد يبطل من اصله لان تعارض العمومين يوجب
جهالة المعقود عليه فرع لو استاجر ارضا مطلقا نظر فان قال اجرتكها الارض
البيضاء ولا ماء لها تصنع بها ما شئت خلا البنا والغراس جاز كما نص عليه الشافعي
وله ان يزرع فيها ما يسوقه الى الارض او بما يحصل من المطر او الثلج وان لم يتعرض الجهالة
انها لا ماء لها فان كانت الارض رخوة بحيث يمكن حفرها او سوق الماء لها فهو المرجح
العقد لان الغالب في مثله الزراعة فكان ذكرها وان كانت صلبة بحيث لا يمكن ذلك
ففي صحة الحالة وجهان احدهما وبه قال ابو اسحاق وهو ظاهر النص الصحة لان استحالة
ذلك تنزله منزلة شرطه فيه المد بفتح الميم وتشديد الدال واصله السيل والنهر
يعني الماء ويسرها فيما بالشام تحت جبل لبنان كما قال الازهري والمسمون بالفتح فقال لها
النضر نصب البا ويجيء الصاد على الصعصع ويقال لها نهر والمونكة وفيه الاسلام
جرانه الغربين بها عتبة ابن غزوان في زمن عمر سنة سبع عشرة وسطها الخامس سنة
ثمان عشرة ولم يعيصهم قط في ارضها وهي داخلة في حد سواد العراق وليس لها
حكمه لانها حدثت بعد فتحه ووقفه قال ولا يجوز الا على منفعة عين
معروفة لاختلاف المنفعة باختلافها فلو قال اجرتك احد عبدي او داري او

دابه

دابه لتركبها الى موضع كذا لم يصح لما ذكره ثم المعرف تارة يكون بالرؤية مثل ان يقول
اجرتك هذا شهرا لتحمل عليه قمارها الى موضع كذا ونحو ذلك ولا يحتاج مع ذلك
الى ذكر شي اخر وتارة يكون بالوصف فيحتاج ان يذكر ما يختلف الغرض به كما ذكرنا في السلم
وفي هذه الحالة يكون المعقود عليه منفعة في الذمة متصفة بالصفات المذكورة ولو وقع
معها العقد على العين كجارية غائب ويتنزل قال فانه لم تعرف الا بالرؤية
بالعقار لم يجز حتى يرى المعينة طريقا الى نفي الغرر وعلى هذا يحتاج الى تحديده بالجهات
كما يتعلق بالمبيع صرح به ابو الطيب ويحتاج ان ينظر من العين كما يختلف الغرض به واحكام
ينظر الى التوقان والبير الذي يسقى بها ومواضع الوقود ومسقط القاسم وملقى الوقود
من المزابل وغيرها ويلقى الرماد ومسقع الماء الوسخ والقدر التي يسقى فيها الماء في الشاطل
ويلقى فيها مساقيه وداخله من حمام او طاهر ظاهر لا يتوفى قال الرافعي والعاملي ان
يعتبر مشاهدة الوجهين عند الامام كما يعتبر مشاهدة وجهي الثوب وهذا نوع
على منع بيع الغائب اما اذا قلنا بالجواز جاز هنا ايضا ويجوز ثوب العقار لا يعرف
منفعته الا بالرؤية ان المعرفة بالوصف كما ذكرنا منتفية اذ لا يتصور ثبوت عقار في الذمة
لان موضعه مقصود يختلف الغرض به ولو ذكر لانحصر المعقود عليه فيه وذلك كالبيع فيما
في الذمة وانما عمل بالتعريف بالوصف يعني له الرؤية اذا اتى بما يفيد الحق الذي يعني العقار
ما لم يكن حيوانا كالبساط والخشب والاواني والفرش قال ولا يجوز الا على منفعة
معلومة القدر فلا يصح البيع الا على معلوم القدر لكن العمل في البيع يحمى فيه بالحلس ولا يحتاج
الى ذكر شي يقدر به المبيع وهنا الحدس والتخمين لا سبيل الى معرفتها فاعتبر ما يقدر قال
وان كان مما لا يقدر الا بالعمل اي وان ورد العقد فيه على الذمة فقط والركوب الى مكان
قدر به لتعينه طريقا للمعرفة ولو قال استاجرتك لهذا البعير لاركبه مسافة
شهر الى مكة لم يجز لان ما يقدر العمل فيه لم يجز اشتراط المدة فيه وقال بعض الاصحاب نحوه
لما فيه من زيادة التاكيد وقال ابو الفياض ان كان العمل ممتدا في حد الاجارة جاز
والا لم يجز قال في البحر والاول اصح قال البندنيجي وفيما لا يقدر الا بالعمل قدر المدة
المنفعة الموصوفة في الذمة وفي الحال اي المعين في الذمة يجوز تقديرا الركوب فيه
بالمدة والمسافة فالمعين من الان والمستاجر للركوب شهرا صح لكن يشترط اتصاله

أحدهما أن يكتري الدابة التي يركبها والثاني المكان الذي يسلمها فيه لأنه قد يركبها شهرًا مسافرًا
إلى بلد مسافته شهر فيكون تسليمه في ذلك البلد وقد يركبها ذاهبًا وعائدًا مدة شهر فيكون
تسليمه في بلده وإذا كان ذلك محتملًا مع الإطلاق والسكوت لم يكن بد من موضع التسليم فإن أغفل شيئًا
مما ذكرنا بطل العقد قاله الماوردي قال وإن كان مما لا يقدر إلا بالزمان كالسقي
والرضاع والتطيين قدر به لتعينه طريقًا للمعرفة فإن الرضاع يعسر ضبطه بالعمل وكذا
تطيين السطوح وتجصيص الحيطان لأنه قد يكون في موضع رقيق وفي موضع ثخين ويلحق بهذا
القسم رعي الدواب وكذا إدارة الدولاب كما ذكره الماوردي لأنه لو قدر بالعمل كسقي
عشر جربة مثلًا فقد يروى بقليل الماء وقد لا يروى حتى يكثر فلا يصير قدر العمل معلومًا
قال وإن كان مما يقدر بأحدهما كالخياطة والبناء قدر بأحدهما مثل أن
يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب أو لتخيط لي يومًا أو استأجرتك لتبني لي هذا أو
لتبني لي يومًا ويعين ابتداءه في الصورتين وتوجيه ذلك أن به يحصل الضبط فلو قدر بهما
بأن قال استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أوله الآن لم يصح لأنه إن فرغ منه
في بعض اليوم فطالبه بالعمل بقيته أخل بالشرط وإن ترك أخل بشرط المدة وقيل
يصح وما الذي يستحق الأجرة فيه ثلاثة أوجه أحدها العمل فإن تم قبل المدة استحق
في باقيها وإن انقضت قبل تمامه وجب إكماله والثاني وهو ما حكاه في التهذيب وصححه
الرافعي من عنده انقضاء والثالث عن القفال إن انقضى اليوم أولًا لم يلزمه خياطة الباقي
وإن تم العمل أولًا فللمستأجر أن يأمره بخياطة قميص ليخيطه بقية اليوم ولو قال في هذه
الحالة على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره بطل لأن زمان العمل يصير مجهولًا
وفي البحر حكاية عن البويطي أن الأجل المضروب مع العمل إن كان مما يعرف فإن ذكره أفضل
وقال إنه صحيح عندي وهذا وجه رابع ويلحق بهذا القسم صور منها الاستئجار
على حراثة الأرض يجوز تقديره بالزمان بأن يقول استأجرتك على حراثة هذه القطعة
… بالزمان بأن يقول استأجرتك على دوس هذا الزرع شهرًا من الآن في هذه الحالة
التي ما يداس به من البهائم مع ذكر العدد ولا يجوز التقدير بالآفات والحرم … وإحاطة
ذلك بما يصح ومنها الاستئجار على تعليم القرآن يجوز أن يقدر المنفعة بالعمل بأن يقول
استأجرتك على تعليم سور كذا أو آيات معينة وأن يقدر بالمدة بأن يقول استأجرتك على

تعليم

تعليم القرآن شهرًا أو يومًا كما حكاه الإمام والعراقي قال الرافعي في … ما يفهم
… المدة … قال القاضي أبو الطيب إذا استأجره ليحصد له خمسة أيام
لم يصح لأن العمل يختلف بحسب صنعة الصانع وبطئه ومثل هذا إذا استأجره …
في الذمة … خمسة أيام لم يجز للعلة التي ذكرناها وفي ابن يونس أنه يصح استئجار
دابة موصوفة في الذمة … لو قال استأجرتك هذا اليوم بعينه لتبيع كذا وكذا الشيئًا
ما عاقبتها قال ابن الصباغ في المهذب يحتمل أن يجوز لأن الأغلب إمكانه فإن تعذر البيع
… له أجر المسمى لأنه شغله عن منافع نفسه ويحتمل أن يقال لا أجرة له لأن العمل
لم يحصل وقال القاضي الطبري هذا يصح على ما نص عليه في البويطي أن العمل إن كان معلومًا
جاز وتقدير المدة وكان أفضل من السكوت قاله في البحر … يجوز أن يعقد
مدة يبقى فيها العين في أصح القولين ولا يجوز أكثر من سنة في الآخر وقيل فيه قول ثالث
أنه يجوز إلى ثلاثين سنة وقد يقال يتوجه ذلك في المساقاة وحكى الرافعي عن بعضهم أنه يجوز
الإجارة إلى مدة لا يبقى فيها العين في الغالب اعتمادًا على أن الأصل الدوام والاستمرار
وهو ما جعله في البسيط الأظهر وحمل … المنع … لأن العين
لا تبقى … إذا وقع العقد على مثل ذلك قال … بطل فيما لا يبقى العقد عليه
وفي الباقي … واعلم أنه يتفرع على القول الصحيح …
أحدهما أن المرجع في المدة التي يبقى فيها العين إلى أهل الخبرة وفي المهذب أن العبد
يؤجر ثلاثين سنة والدابة عشر سنين والثوب سنتين أو سنة والأرض مائة سنة
والذي حكاه الرافعي أن … ابن كج أن العبد يؤجر … سنة … وفي رفع التمويه
أن الشيخ أبا حامد قال إن العبد يؤجر ستين سنة والدابة من خمسة عشر سنة إلى
عشرين سنة والدار من مائة سنة إلى مائة وخمسين والأرض خمسمائة سنة والثاني
يصح أن … موكل إلى هذا العدد وفي الحاوي أن … يصح استئجار الأرض
… للزراعة ما لم يزد على بقاء … واعلم أنه يصح استئجار الأرض
للزراعة مدة لا تبقى … يصح استئجار الدار للسكنى يوم واحد …
لم يجز به عرف … إذا أجر سنين هل يجب أن يقسط كل سنة
من الأجرة فيه قولان … الأصح أن ذلك … أو أجر سنة وأطلق

ؤ جاءوا فاتت الاجرة في مقابلة عمل في اعيانه فانه لا يحب فيها المستبط وحكاه في المذهب
كما قاله محلي وهذا ما صححه الروياني وقال ان الفتوى عليه وحكى الرافعي عن ابن سريج طريقة قاطعة به
والثاني نعم وهو ما نص عليه في كتاب المزارعة حكاه الحاملي واختاره تبعا للشيخ ابي حامد
ووجهه تردد ذلك بين السلامة والعطب واجور السفن تختلف في الغالب معروفة
المستبط بخلاف المشهور فانها تتماثل في الغالب وغدس الماوردي القولين على القولين
فيما اذا اسلم في حيوان الى اجل فمن قال يجوز احدايطا هر السلامة ومن قال لا لما عساه
يقع من الحالة في الاجل وقال في البسيط انه مبني على ان الاجير حر اي هل يجوز ام لا
قال [ ] فان قال اجرتك كل شهر بدرهم بطل لانه عقد على الشهور وهي غير معلومة
وقيل يصح في الشهر الاول لانه معلوم واجرته معلومة فوجب ان يصح كما لو افرده هذا
ما نص عليه في الاملاء وقال الاصطخري وكذا ابن سريج على ما حكاه ابن الصباغ والبسنجي والامام
والغزالي واخر الرافعي ان نص ابن سريج قال به في هذه الحالة وانما قال به فيما اذا قال
اجرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم والمذهب الاول في الصورتين لان المعلوم
اذا اضيف الى المجهول صار الكل مجهولا ويخالف ما اذا قال بعتك هذه الصبرة
كل قفيز بدرهم فانه يصح لان جملة الصبرة معلومة بالمشاهدة والاشهر هنا غير
معلومة الجملة ونظير المسألة ان يقول اجرتك هذه السنة كل شهر بدرهم فهذا
مما اذا ان الاستيجار على غير الاذان اما لو كان على الاذان وان وقع من مال
بيت المال جاز ان يقول استاجرتك لتؤذن في هذا المسجد في اوقات الصلوات
كل شهر بكذا فان وقع لا بمال بيت المال ففي اشتراط بيان المدة وجهان قال [ ]
ولا يجوز الا على صفة معلومة الصفة لانه لا يجوز البيع الا بعوض معلوم الصفة
لاختلاف العوض بها قال [ ] فان كان معلوما بالعرف كالسكنى واللبس
حمل العقد عليه اي على العرف للاستغناء به عن الذكر كما يستغنى به في البيع
بالثمن المطلق في موضع فيه نقد متعارف عن ذكره ثم كلام الشيخ يحتمل امرين
احدهما ان يستاجر دارا او ثوبا ويطلق فيحمل الاطلاق على السكنى واللبس
~~لاقتضاء العرف ان الدور لا يستأجر دارا او ثوبا فيطلق فيحمل الاطلاق~~
~~على السكنى واللبس لاقتضاء العرف~~ والثاني الا اللبس وكلاهما مصرح به في المهذب

وفي الرافعي حكاه عن بعض شارحي المفتاح انه لا يكفي الاطلاق في معنى السكنى بل
لا بد ان يذكر السكنى وحكى في موضع اخر عن شارح المفتاح انه لا بد من ذكر عدد السكان
من الرجال والنساء والصبيان ثم لا يمنع من دخول زائر وضيف وان بات فيها ليال فرع
الاستيجار للخدمة شهرا مثلا هل يكفي فيه الاطلاق ام لا بد من تفصيل انواعها
الذي حكاه في البحر والرافعي عن النص في الثاني وقيل ان الاطلاق يكفي وهو الظاهر
في الرافعي والمذكور في الشامل في كتاب الشهادة ويلزم الاجير ما جرت به العادة من
غسل الثوب والخياطة نوا ... وعلف الدواب وحمل الماء للشرب والطهارة وخدمة
الزوجة وحلب المواشي واضاف بعضهم الى ذلك العجن والخبز والتأثيث في البيت وفرش
الدار وقيل بعلف الدواب وحلبها وخدمة الزوجة لا يدخل الا بالشرط قال
في البحر وهو اختيار شيوخنا بطبرستان ونسب الرافعي ذلك الى الصعلوكي وقال
ينبغي ان يجري الخلاف في خياطة الثوب وحمل الماء الى الدار ويجوز ان يختلف الحكم فيه
بالعادة وعلى كل حال فليس للمستاجر اخراج الاجير عن تلك البلدة الا ان يشترط
له مسافة معلومة من كل جانب من فرسخ الى خمسة عشر قاله القاضي الحسين
وقال ابو علي الثقفي عندي من اول النهار الى العشاء الاخرة ونسب ذلك الرافعي
الى بعض شرح المفتاح قال [ ] وان لم يكن معروفا بالعرف اي كالاستيجار على
حمل مائة رطل مثلا من موضع كذا الى موضع كذا والاستيجار على بناء حائط طوله كذا
وسمكه كذا وارتفاعه كذا قال [ ] وصفه كحمل الحديد والقطن والتبن
والحصى والاجر والطين واللبن ليعرف فان الاغراض تختلف بذلك وفي تعليق
القاضي الحسين ان الغرض بانه قال اذا قال ارسل هذه الدابة لاحمل عليها مائة من ما شئت وقال
المتولي رضي الله عنه لا منعه ضررا بالدابة وهو ما حكاه الامام وادعى اجماع الاصحاب عليه
وفي الرافعي عزاه الى حلاف القاضي وحكى في المهذب فيما اذا قال اجرتك هذه الدابة
لتحمل عليها مائة من مما شئت وجهين وكذلك حكاه في البحر وصحح الروياني والرافعي
وجه الجواز ثم قال وهذا في التقدير بالوزن اما اذا قدر بالكيل فالمفهوم مما اورده
المتولي انه لا يغني عن ذكر الجنس ولو وقع العقد على حمل شيء فيشاهده صح وان لم يعلم
كيله ووزنه كالمشتري الصبرة المشاهدة وفي الحاوي حكاية قول اخر ان الاجارة لا تصح حتى تعرف

الحمله معلومه القدر وانه مخرج من ان دفع الدراهم جزافا في السلم هل يجوز ام لا لان عقد
الاجاره والسلم حيث عين فيهما بخلاف البيع واعلم ان من هذا النوع صورا لا غنا
عن ذكرها منها الاستيجار للحج والعمره لا تنقل اطلاقه بل لا بد من بيان انه افراد او تمتع او
قران ولاحاجه في الاستيجار للحج وحده الى بيان انه ان كان على نفقه فان لم يعلمها احدهما
وجب البيان وهل يحتاج الى تعيين الميقات الذي يحرم منه فيه طريقان اظهرهما وبه قال ابن سريج
وابو اسحاق ان المسله على قولين احدهما وهو ظاهر نصه في الاملا وعن انه يتعين ميقات
تلك البلده على العاده الغالبه وبه اجاب المحاملي في المقنع وذكر ان عند انه الصحيح والطريق الثاني
تنزيل النصين على حالين والقايلون به اختلفوا منهم من حمل النص الاول على ما اذا كان للبلد طريقان
مختلف الميقات او كان يفضي طريقه الى ميقاتين كالعقيق وذات عرق وحمل الثاني على ما اذا كان
المستاجر حيا والثاني على ما اذا كان الاستيجار لميت والفرق ان الحي له غرض واختيار والميت
لا اختيار له والقصد براة ذمته ويحكى هذه الطريقه عن ابن خيران ثم اذا اشترطنا تعيين
الميقات فاهمل فسدت الاجاره ووقع الحج عن المستاجر لوجود الاذن والاجره اجره المثل
ومنها تعليم القران لا بد من تعيين ما يحتاج فيه الى بيان السور او الايات لتفاوتها في الحفظ والتعلم
سهوله وصعوبه وهو وجه انه لا يجب تعيين السور واذا عين عشر ايات كفى وفي المهذب انه لا بد
من تعيين السوره لكن يكفي اطلاق العشر منها وفي حصول اشتراط تعيين الايات ثلاثه اوجه
الثالث الفرق بين ان يعين السوره فيسامح باطلاق الايات منها او لا يعين فيمنع وفي
اشتراط تعيين الروايه التي يقراها وجهان اصحهما انه لا يشترط لان الامر فيها قريب
وفي الحليه الاظهر يقف به حال الامام وليست او دان الاصح الاستيجار للتعليم حتى يختبر
حفظ الصبي لا الاصح اختبار الذكاء حتى يعرف حال الراجب لكن ظاهر كلام الاصحاب انه لا
يشترط ومنها استيجار الارض فان كانت تصلح لمنافع كالبنا والزراعه وغيرها فلا بد من بيان الامتعه
والزراعه والغرس والبنا فلا بد فيها من بيان احد الانواع او كلها لان المنافع
تختلف اختلافا يختلف الغرض به قال الرافعي وقد نقلنا في مسله اجاره
الارض التي لا ما لها تصحيح الاصحاب جواز الاجاره مطلقه فيشبه ان تجوز اجارتها
مطلقا على وجهين كالعاريه والظاهر المنع فيهما وتقوم مقام تعيين الانواع
فلها فوايد احدها لو قال اجرتك لتنتفع بها بما شئت فانه صح قاله الامام ويكون له ان يصنع ما شاء

لرصاه

لرصاه وفي المهذب وعن انه لا يصح ثم لو قال تعينك من هذين الصنفين من شيت واذا عين الزراعه
ولم يذكر ما يزرع او البنا ولم يذكر ما يبني والمطلق فوجهان كالوجهين المذكورين فيما اذا اعار الارض
للزراعه ولم يبين المزروع واظهرهما عند الاكثرين الصحه وهو الماوردي وابو الطيب
هنا وبه اجاب العراقيون في مسله العاريه الصحه وله ان يزرع ما شا قال الرافعي وذكر
يجوز ان ينزل على اقل الدرجات ونقل ابن كج وجه المنع عن النص في الجامع الكبير وبه قال
ابن سريج وحكى الاول عن تخريج ابن القطان حكايه الشيخ العراقي ولو قال اجرتك لتزرع
ما شئت صحت الاجاره وزرع ما شا نص عليه وعن رواية ابن القطان وجه انها فاسده
ولو قال اجرتك لتغرس او تزرع لم يصح ولو قال ان شئت فازرع وان شئت فاغرس
فاصح الوجهين عند العراقي وبه جزم الماوردي الصحه ويتخير المستاجر ولو قال اجرتكها
فازرعها واغرسها او لتزرعها وتغرسها ولم يبين المقدار فوجهان احدهما وبه قال
ابو الطيب ابن سلمه وان ابي هريره وهو ظاهر كلام الشافعي فيما قاله في المهذب وعن انه
يصح وينزل على النصف ولان يزرع الكل لجواز العدول من الغراس الى الزرع ولا يجوز
العكس واقربهما انه لا يصح وهو ظاهر نصه في الام كما قاله في العروه قال المزني وابن
سريج وابو اسحاق لانه لم يبين كم يزرع وكم يغرس بل لو قال ازرع النصف واغرس النصف
نقل القفال انه احتار في المهذب وعن انه لا يصح لانه لم يبين المغروس والمزروع
فصار كما لو قال بعتك احد هذين بالف والاخر بخمسمايه واذا عين في الاجاره
البنا وجب بيان موضعه وطوله وعرضه وفي بيان قدر ارتفاعه وجهان اظهرهما
انه لا حاجه اليه بخلاف ما لو استاجر سقفا للبنا فانه يجب بيان الارتفاع
والقدر جزما لاختلاف الغرض فان [redacted] وان كان فيما لا يعرف والوصف
لكن التفاوت كالمحمل والراكب والصبي المراضع لم يحرج حتى يرى لتعيين الرويه
طريقا للعلم ذلك لان الغرض يختلف بسعه المحمل وضيقه ويعلل الراكب وخفته
بالضخامه والنحافه ولكن المركبات والسهاب وترضيه الولد رغبته ونحوه وسمنه
والوصف لا يفي بذلك ولا يحتاج مع الرويه الى شي اخر وقاس ما ذكره عن الماوردي من
القول المخرج في مسله الحموله ان العلم بالقدر يغني ان يجي مثله في مسله المحمل وورا
ما ذكره الشيخ في الصوره الاولى وجهان احدهما عن ابي اسحاق كما حكاه الجمهور ان المحمل

ان كان بغداديا خفيفا كفى فيه الوصف لتقارب محاملها وان كان خراسانيا
ثقيلا فلا بد من مشاهدته وقد اختار هذا القفال كما حكاه في البحر وحكى القاضي
الحسين عن ابي اسحاق انه ان كان في البلد محامل خفاف وهي معروفة الصنعة
كالبغدادية صح الاطلاق فيه ولا يجب الرؤية والوصف لانها لا تتفاوت والثاني
وبه قال ابن ابي هريرة وهو الاشبه عند الرافعي والمذهب في الوسيط انه يكفي
الوصف وذكر الوزن لان ذلك يقرب من المشاهدة فعلى هذا لو ذكر الوزن دون
الوصف او الصفة دون الوزن فوجهان اظهرهما عدم الاكتفاء لتفاوت المحمل مع سهولة
ازالته والذي رجحه الماوردي من الخلاف في الاصل ما حكاه الشيخ وبه جزم ابو
الطيب وفي المسألة الثالثة وجه ان الوصف يكفي عند الغيبة والوصف يكفي بذكر الوزن
كما حكاه في المهذب ونسبه في البحر الى القفال وحكاه الامام مع وجه اخر انه لا يشترط
وزنه ويكفي ذكر صفته من الضخامة والنحافة وهو ما ذكره الغزالي وفي المسألة
الثالثة وجه اقتصر الماوردي على حكايته انه لا بد من الرؤية ومن معرفة سن الرضيع
مشاهدته او حسن الاخلاف لاختلاف سنه ويحتاج مع ذلك كله الى بيان
موضع الرضاع من بيت المرضعة او بيت الصبي لاختلاف الاجرة بذلك صرح به في المهذب
وغيره وكلام الماوردي دال على عدم اشتراطه حيث قال وليس على المرضعة ان تاتي الى الطفل
مرضعة بل على ولي الطفل اذا اراد رضاعه ان يحمله اليها ليس يصح فلو كان للعقد شرط
لا يستغنى عن هذا الحلاج والروياني لما راى ذلك في الحاوي نقله بعد حكايته ان العقد
شرط مكان تراه فيه مليئا بنفسه المحمل يصح في الاول ويفسد في الثاني فالمجلس
كالمسطح للجوهري وقال غيره يجب الاول وفي الثاني وهو مرتب عليه على
البعير واعلم ان ما ذكرناه في المحمل مفروض فيما اذا كانت المحامل تتفاوت تفاوتا
فاحشا اما اذا كانت على قدر وتقطيع لا يتفاحش فيه التفاوت كفى الاطلاق وحمل
على معهود مثله قاله الرافعي وكلام القاضي الحسين يدل على خلافه وانه قال بعد
حكايته ما نقله عن ابي اسحاق كما حكيته من قبل والنص لا بد من الرؤية والوصف
مع الوزن وهو المذهب لانها وان خفت ولم يتفاحش التفاوت فلا بد من نوع
تفاوت لا محالة وحكم العمارية فيما ذكرناه حكم المحمل ومحل الخلاف في الاكتفاء

بالوصف

بالوصف فيما ذكرناه اذا لم يحصل به علم اما اذا حصل كما اذا استقصى الاوصاف ففي
الحاوي انه يقوم مقام المعاينة لان القصد من المشاهدة ان يصير معلوما وقد حصل
العلم واما السرج والاكاف والزاملة فلا شك في ان الرؤية فيها كافية وفي المهذب
ان الزاملة تمتحن باليد ليعرف خفتها وثقلها خلاف الراكب لا يمتحن مع المشاهدة قال
الرافعي وينبغي ان يكتفى بنحو المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة كما قال القاضي الحسين التي
تجمع وتشد بعضها الى بعض على الدابة ليركب فوقها من غير محمل واضاف في البحر الى ذلك
في تفسيرها ان يكون المتاع الزاد والماء وعند الغيبة يكفي في ذلك الوصف ويحتاج معه
الى الوزن على المشهور وفي النهاية ان اطلاق الاصحاب لم يتعرض لاشتراط الوزن في
السرج والاكاف ليس وجيها وكل ذلك اذا وقع التعرض لذلك في الاجارة وكان ذلك من
مال الراكب اما لو استاجر للركوب من غير ان يشترط ما يركب عليه كان على المؤجر ان يركبه
على ما جرت به العادة مما يليق بالدابة من سرج او اكاف او زاملة ولا يشترط وصفه وكذا اذا
عين الراكب نوع ما يركب عليه ويكون من مال الآجر ولا يحتاج الى وصفه صرح به الماوردي
فرع قال احدهما ما يفرش في المحمل ليجلس عليه لا بد من معرفته ويكفي فيها الوصف ومن اصحابنا
من قال يحتاج الى مشاهدته حكاه في البحر والغطاء الذي يستظل به ويتوقى به المطر قد يكون
وقد لا يكون فيحتاج الى شرطه واذا شرط فالجواب المشهور في تعليق ابي حامد وابن الصباغ انه يكفي
الاطلاق لان التفاوت فيه قريب وتغطيته بجلد او كساء او لبد قال في البحر وليس ذلك بشيء
وفي الحاوي وشرح ابن كج والتتمة انه يعتبر رؤيته او وصفه كالوطاء وهو ظاهر النص الذي
صححه الروياني واعتبر الماوردي مع ذلك ارتفاعه وانخفاضه لاختلاف ذلك على البعير والراكب
ولو كان في ذلك عرف مطرد كفى الاطلاق كما سبق في المحمل ونحوه وظرف المحمل كالغطاء الثاني
المعاليق اذا شرطت كالقدرة والسطيحة والقربة والسفرة ونحوها هل يحتاج الى معرفتها بالرؤية
او الوصف مع الوزن ام لا فيه طريقان احدهما وهو ظاهر النص انه يحتاج اليه لاختلاف
الناس فيها والثاني وهو الاظهر ان في المسألة قولين اصحهما الاحتياج والثاني لا ويحمل على
العادة وهذا ما قال الغزالي في كتاب المسابقة انه لا يصح ويسلك الماوردي طريقا اخر فقال
ان كانت معاليق الناس في تلك البلدة مختلفة فلا بد من معرفتها وان كانت متفقة ففيه قولان اما
اذا لم يشترط المعاليق فلا يستحق حملها لان الناس فيها مختلفون وقد لا يكون للراكب معاليق
وفيه وجه انها كالمشروطة ومحل الخلاف في اعتبار الوصف اذا لم يحمل فيها شيء من الزاد والماء

اما اذا كان فيها شيء فلا بد من ضبطه كما سبق ذكره قال: فما عقد على مدة لا يجوز فيه شرط
الخيار لانه عقد لازم على منفعة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولان اشتراط الثلاث يتضمن
الا ان بعض المعقود عليه فيما ليس بتابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح كما لو شرط في
ابتياع العبد ثمرانه اذا تلف احدهما في يد البائع لم يبطل البيع قال: وفي خيار المجلس وجه
المنع انه يفوت بعض المدة فاشبه خيار الشرط ولان الاجارة عقد غرر لكونها على معدوم والخيار غرر
فلا يضم غرر الى غرر وهذا ما صار اليه ابو اسحق وابن خيران وصححه الامام والبغوي وصاحب المرشد
والاكثرون ووجه الثبوت القياس على البيع لكونها عقد ابتياع وهذا ما صار اليه الاصطخري وصاحب
التلخيص وقال الرافعي انه صاحب المهذب وصححه الشيخ رجحانه والفرق بينه وبين خيار الشرط ان
المجلس في غالب الامر لا يمتد فالفائت من المنفعة قدر يسير لا يبالى به وان طال على ندور فالنادر
لا يغير وضع الشيء وقد حكى ان الامام وبعض اصحاب القفال ذكر الخلاف في ثبوت خيار الشرط
... بمسئله ثلاثة اوجه احدها يثبتان وهو ما حكاه القاضي الحسين في هذا الباب
عن ابن خيران والثاني لا يثبتان والثالث يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ويتفرع على القول
بثبوت الخيار فرعان احدهما انه ... الاجارة هل تحسب من حين العقد او من حين اللزوم
فيه خلاف حكاه الامام ورجح الاول فان المدة لو حسبت من وقت اللزوم لتأخر المنفعة
عن العقد فشابه اجارة الزمن المستقبل وقال ان للقائل بمقابله ان يقول انما يمتنع
استئخار حكم الاجارة عن العقد اذا لزم فعلى هذا يعطل المنافع على المكري وليس له الانتفاع
بالعين في المدة ولا اجارتها ولو قال به قائل كان مقربا من خرق الاجماع والقياس يقتضي جواز اجارة
الدار المكراة في مدة الخيار على هذا واراه بعيدا لموافقة الامام وعلى الاول ان كانت المنافع
في يد الاجير تلفت مضمونة عليه وان تلفت في يد المستاجر فعليه وخيار ... يبنيان على ان المبيع
اذا تلف في يد المشتري في زمان الخيار يكون من ضمان من ... فان جعلناه من ضمان المشتري
فعلى هذا تلف المنفعة محسوبة على المستاجر وعليه تمام الاجرة والثاني يكون من ضمان البائع
فعلى هذا تحسب على الاجير ويحط من الاجرة ما يقابل تلك المدة الثاني اذا اجر
الاجير العين قبل لزوم العقد من آخر صح على المذهب وانفسخ العقد الاول وفيه وجه
ان الاول ينفسخ ولا يصح الثاني فلا يحصل باللفظ الواحد فسخا وعقدا وذلك مبني على ما
قاله الماوردي وبعد ان يجيء الوجه الثالث الذي حكيناه في تصرف المسلم من البيع قال:

وما

وما عقد على عمل اي كخياطة ثوب وبناء حائط والارتياب من هذا انه لا يثبت فيه الخيار لان
فيه تلف المنفعة ولان المحذور الذي ذكرناه في اجارة المدة من فوات بعض المعقود عليه
منتف هاهنا وهو الاشبه بالنسبة الى النكاح ولان الاجارة عقد غرر مضاف عن غرر
آخر وقيل يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم وهذا ما اختاره في المرشد
وهذان القسمان فيما اذا كانت الاجارة واردة على العين اما اذا كانت واردة على منفعة
في الذمة فقد نقل القاضي الحسين انا ان قلنا يجري فيها ... السلم فحكمها حكم المسلم فيه فيثبت خيار
المجلس دون خيار الشرط والا فيترتب على اجارة العين فان قلنا يثبت ثم خيار الشرط فهاهنا
اولى وان قلنا لا يثبت فهاهنا وجهان لان اثبات الخيار هناك يتضمن فوات جزء من المعقود
عليه وهاهنا بخلاف ما اذا كانت الاجارة على ما في الذمة وهذا مقتضى الجزم بثبوت خيار
المجلس والتردد في ثبوت خيار الشرط وفي المهذب حكاية وجهين احدهما لا يثبت فيه
خيارا اصلا لكونها عقد غرر والثاني يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط لان الاجارة في
الذمة كالسلم وهذا ما اختاره في المرشد وكلام الشيخ يقتضي الجزم بعدم ثبوت خيار الشرط
والتردد في ثبوت خيار المجلس وفي الوسيط الجزم بثبوت الخيارين فيها نظرا الى كونه لا يحذر
فوات منفعة والاجارة تبع لحصتها والاحسن ما قاله القاضي والا فيشكل الفرق ويلتطم من
مجموع ما ذكرناه ثلاثة اوجه كما صرح بها في البيان في المجموع وعلى هذا اذا اجمعت الطرق كان في ثبوت
الخيار في عقد الاجارة ... اوجه قال: ولا يجوز ذلك الا معجلا ويتصل
الشروع اي امكان الشروع والاستيفاء بالعقد اي اذا ورد العقد على العين سواء قدرت المنفعة
فيه بالعمل او بالمدة لان اجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع في
قبضه فكذلك في الاجارة ولان عقود المنافع انما جوزت للحاجة ... الا
اذا شرط ما يحيل تسليمها قال: وان اطلق فقال اجرتك هذا الشهر اي ولم يعين ان ابتداءه
من حين العقد لم يصح لجواز ان يريد ابتداءه بعد يوم ... منفذا يحتمل الاتصال فهذا هو
... القاضي الحسين وحكاه عن القفال وصححه ان العقد صحيح ويحمل على الشهر الاول كما يحمل
ذلك على ... الامام ومن تابعه لانها مدة مضروبة في عقد فوجب ان يعقب العقد اذا اطلقت
كمدة الايلاء والحلف على ترك الكلام شهرا والصحيح الاول وبه جزم العراقيون وابطل القاضي
ابو الطيب علة خلافه بان هذا اشهر منكر فلم يحمل على الاول كما لو قال اجرتك شهرا من سنة

هذه السنة ونقل عن الامام انه لا خلاف في هذه الصورة في عدم الصحة وكذا القاضي الحسين
وهو محمول على ما اذا اتى من السنة اكثر من شهر اما اذا لم يبق منها الا شهر فقد صرح المتولي
والبغوي بالصحة فيه ولذلك لو قال اجرتك السنة او نصف السنة حمل على ما بقي من تلك السنة في
الصورة الاولى وعلى نصفه في الثانية وهذا الحكم فيما لو قال السنة صرح به القاضي ابو الحسين اما اذا كانت
الاجارة واردة على الذمة فيجوز تاجيلها قطعا كالمسلم فيه ويشترط ذكرها ... قول الشيخ ويتصل
الشروع في الاستيفاء عقب العقد ظاهر يقتضي ان يمكن المستاجر من المنفعة عقب العقد
ويلزم على ذلك مخالفة الاصحاب في بعض المسائل وموافقة بعضهم في بعض فيتعين ان يصرف عن
ظاهره ويحمل على التمكن من الشروع في استيفاء المعقود عليه اذا امكن والتمكن من الشروع
فيما يتوصل الى الاستيفاء ان لم يمكن وذلك يتضح برسم مسائل منها استئجار عين الشخص
للحج قبل اشهره يجوز اذا كان لا يتأتى الاتيان من بلد العقد الا بالسير قبله وكان وقت
خروج الناس من تلك البلد اليه ولا مانع من الاجير من مرض او الطريق من خوف او ثلج
الثلوج او الانداء التي لا يعلم وقت زوالها فلو علم فالاصح عند الغزالي انه عذر مانع ولذا الاستئجار
عام الحج في اشهره وليحرم الاجير من الميقات تحاشر عند خروج الناس وفي كل من المسائل المذكورة
لم يتصل الشروع في نفس المستأجر عليه لانه غير مقدور عليه بل فيما يوصل اليه وبذلك علل
ذلك فما استدرك من ان الاجير اذا مات بعد قطع المسافة وقبل الاحرام لا يستحق شيئا
من الاجرة وقد استدرك الرافعي على الغزالي وامامه حيث قالا انما يصح الاجارة وقت
الخروج مع اول رفقة ولا يجوز للاجير الا بعد انتظار الرفقة فلا عذر بعد
خروجها فان ذلك يقتضي جواز تقديم الاجارة على خروج الناس وان له انتظار خروجهم
ولا يلزمه المبادرة وهذا والذي ذكره جمهور الاصحاب على خلافه ثم تنازع فيه ولقضى اشتراط
وقوع العقد في زمان خروج الناس من تلك البلد حتى قال في التهذيب لا يصح اجارة العين الا في
وقت خروج القافلة من تلك البلدة حيث يشتغل عقب العقد بالخروج او باسبابه من شراء
الزاد ونحوه وان كان يعلم لم يصح الاجارة للزمن المستقبل لا يجوز وفرع على ذلك انه لو كان لانه
الاستئجار بمكة لم يجز الا في اشهر الحج ليتمكن من الاشتغال بالعمل عقب العقد ومنها استئجار
الدار المشحونة بالامتعة يجوز على الاصح وان لم يتصل الشروع باستيفاء المنفعة لان الشروع في
التفريغ في الحال ممكن ويتوصل الى المقصود وعن ابي محمد منع اجارتها خلاف ... حكى الرافعي

في اواخر الباب انه راى للائمة فيما جمع من فتاوى القفال في صحة اجارتها وجهين احدهما ان امكن
التفريغ في مدة ليس لمثلها اجرة صح العقد والا فلا لانها اجارة مدة مستقبلة وفي هذا التعليل
نظر والثاني انه ان كان يذهب في التفريغ مدة من الاجارة لم يصح وان كان يبقى منها شيء ولم يسقط
من الاجرة اذا وجدت التسليم وانهم خرجوا على الجوابين ما لو استأجر دارا ببلد اخرى فانه
لا يتأتى التسليم الا بقطع المسافة فيما بين البلدين ومنها اذا استأجر شخصا ليعلمه شيئا من
القرآن والاجير لا يعرف ذلك ولكن يتأتى منه ان يتعلم ويعلم ففي صحة الاجارة وجهان حكاهما الامام
في باب الجعل والجعالة من كتاب الصداق عن العراقيين ثم قال ومحلهما اذا كان يحسن
مقدار ما يشتغل بتعليمه في الحال او كانت الاجارة مع تعلقها بالعين واردة على مدة يتسع
للتعلم اما اذا لم يحسن منه وكان لا يحسن شيئا البتة فلا وجه الا القطع بفساد الاجارة
لتحقق العجز عن المستحق في الحال ومثل ذلك جرى في الوسيط فيه ... ومنها الشروع لو اجر
دابة الى موضع ليركبها المكتري فيها ام المكتري ... لم يجز لانا حقق المكتري في بعض
الطريق وتعلق الاجارة بالزمن المستقبل وان اجرها منه ليركب المكتري في بعض الطريق
وينزل ويمشي في البعض او اجرها من اثنين ليركب هذا زمانا وهذا مثله فقد ذكر اوجه
احدها ان الاجارة فاسدة في الصورة الاولى صحيحة في الثانية لانه اذا اكرى من اثنين اتصل
زمان الاجارة بعضه ببعض واذا اكرى من واحد تعذر وتعلق الاجارة بالزمان المستقبل والثالث
انها صحيحة فيهما والثاني المنع في الصورتين لانها اجارة الى آجال متفرقة وازمنة منقطعة
والثالث وقد قال المزني في الجامع الكبير يجوز ووافقه صاحب التلخيص واختاره القاضي
الطبري والروياني انه يجوز في الصورتين مضمونة في الذمة ولا يجوز على دابة معينة والفرق
انها اذا كانت في الذمة فان اجرها من واحد فقد ملكه نصف المنافع على الاشاعة مستحقة
المالك وان اجرها من اثنين فقد ملكهما الكل فيقتسمان واما اجارة العين فانها
تتعلق بازمنة منقطعة فهو اجارة الزمان المستقبل والرابع وهو اصحها وتعلمه
ابو الطيب في تعليقه المذهب جواز الاجارة في الصورتين على الذمة والعين ويلتمس
الاستحقاق في الحال ثم يقسم المكري والمكتري او المكتريان والمستأجر الواقع
من ضرورة القسمة والتسليم فلا يضر وعلى هذا ان كانت في الطريق عادة مضبوطة
اما بالزمان بان يركب يوما وينزل يوما او بالمسافة بان يركب فرسخا وينزل فرسخا حمل العقد

عليها وان لم يشترطا مضبوطه فلابد من بيانه في الابتدا وليس لاحدهما ان يطلب الركوب
ثلاثا او العرول ثلاثا لما في دوام المشي من التعب ودوام الركوب من الاضرار بالدابه ولو
اهملا فيبين سرا الركوب فالمحكم العرف ولهذه المسله مشبهه بكرا العقب وهو
جمع عقبه والعقبه النوبه اذا اكترى الدابه ولم يتعرض للتعاقب فالى العرف يحول
وسهاما فيركب هذا يوما وهذا يوما وفي البحر بعد حكايه ذلك وهذا عندي اذا لم يكن
ان يركبا معا فان لم يمكن ذلك فلا يجوز لان لهما الركوب معا وقال المتولي ان احتملت الدابه
ركوب شخصين جميعا على الركوب والا فالرجوع الى المهاياه لو قال اجرتك نصف الدابه
الى موضع كذا او اجرتك الدابه لتركبها نصف الطريق صح ويقتسمان اما بالزمان او
المسافات وفي اجاره نصف الدابه وجه انها غير جايزه قال ــــ ولا يجوز الا جاره
الا على اجره معلومه للخبر والعقد والصفه لقوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا
فليعلم اجرته ولانها بمنزله الثمن في البيع ومعرفه الثمن في البيع شرط فكذا في
الاجره وهذا اذا كانت الاجره في الذمه اما لو كانت على العين فالمعتبر شرايط
البيع وان لا تكون عمله وافعا بما جعله اجره له كما اذا استاجر الطحان ليطحن
قفيز منها مطحونا منها لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان على الطحين سابع
من الوسم او النخاله او السلاخ ليسلخ الشاه المذبوحه بجلدها واظهروا
للنهي معنى لاجله عدوا الحكم الى ما ذكرناه وهو ان الاجره غير حاصله في
الحال على الهيه المشروطه وانما يحصل بعمل الاجير بعد فهي اذا غير مقدور عليها
في الحال وفي بعض المسائل ما يقتضي الفساد ولو خلت عن المعنى المذكور وهو في مسله
الاستيجار بجز من الوسم او النخاله فجهاله الموجود في الحال ولذا الجهاله لاستتار
القمح عليها وفي مسله السلاخ الجهل بصفاته ولذلك امتنع جعله اجره وان كان
الاستيجار على غير السلخ وقد الحق الاصحاب على ما حكاه الغزالي وامامه بمسله
قفيز الطحان ايضا ما اذا استاجر مرضعه على الرضاع بجزء من الرضيع الرقيق في الحال
وقاطف الثمار بجزء منها على رووس الاشجار موجهين ذلك بان عمل الاجير لم يقع في خالص
ملك المستاجر ثم زاد الغزالي فقال وزاد الاصحاب فقالوا المرضع المشترك بين امراه
مرضعه ورجل لا يجوز للرجل استيجارها على الرضاع لان عملها لا يقع في خالص ملك
المستاجر

المستاجر وهذا فيه احتمال اذ قطعوا في كتاب المساقاه بان احد الشريكين لو ساقا صاحبه
وشرط له جزا جاز وهو على عمل مشترك ولكن قيل ما يخص المستاجر يستحق به الاجره
وهو محتمل ههنا ايضا قلت ــــ وجه الزياده في هذه المسله على ما ذكره في الصوره
السابقه ان الفساد قد يعلل فيها بان الاستيجار لما وقع في حال كون جميع العين
ملك المستاجر اقتضى ذلك دليلا على ان المراد بالاستيجار العمل في العين واذا كان
ذلك اقتضى العقد تمليك الاجير جزا من العين مقابلا بعمله فيه وفي باقيها واجاره
على العمل في ملكه الاول مخالف لوضع الاجاره والثاني مخالف لوضع الملك وفي مسله
استيجار الشريكه على الرضاع بجزء من الرضيع العقد واقع على العمل في حصه لكون الظاهر
ان الانسان لا يستاجر الا على العمل في ملكه فصار كما لو صرح بذلك ولو صرح
بذلك لا يتم ما ذكرناه من كونه ياخذ الاجره على عمله في ملكه ولكونه مجبرا على
العمل في ملكه فصار المنافه لصوره المسابقه زياده وهو تصوير المساقاه اشبه
وقد اشار الامام الى ان المنع جا من جهه ان الاستيجار على ايقاع العمل في الملك
المشترك لا يجوز ما لم يجتمع عليه الملاك ولو جاز لاحدهم لزم منه التصرف في
ملك غيره بغير اذنه الى انتقاض الاجاره او عدم القدره على تحصيل المنفعه وكل منهما
محذور واذا كان كذلك فهذا المعنى موجود فيما اذا كان الاجير هو الشريك لانه
لا يلزمه العمل في ملكه وما ذكره لا يقتضي المنع في استيجار الشريكات لانه بعينه
موجود في مسله المساقاه وقد جزم فيها بالصحه وموجود فيما اذا كان بين رجلين
حمل مشترك فاستاجر احدهما صاحبه على حمله الى البلد فانه يصح بالاجره المسماه
كما لو قال استاجرتك لتحمل نصيبي بكذا او فيما اذا كان بين شخصين ظاهرا فاستاجر احدهما
صاحبه على ان يعمل فيه كذا يوما باجره معلومه فانه يصح ويحمل كما لو استاجره ان يحمل
نصفه او على نصف منفعته بلا نه لانه لو استاجر من له نصف منفعته جاز ذكره
القاضي ابو الحسن والموجه في الصورتين وموجود ايضا فيما لو استاجر احد الشريكين
في الحنطه صاحبه ليطحنها او في الدابه ليتعهدها بدراهم وقد جزم في المهذب فيها
بالصحه فكان الحاق مسله المرضع بهذه المسايل اولى والله اعلم قال ــــ
وان استاجر بالطعام والكسوه لم يصح كما لو جعل ذلك عوضا في النكاح والبيع

وهذا الحكم فيما لو اكرا الدابة بعلفها او الارض بخراجها وكلفها او الدار بعمارتها
ولذا لو استاجر الدار بدراهم معلومة وشرط على المستاجر صرفها في العمارة لان الاجرة
الصرف و الدراهم والعمل في الصرف مجهول نعم لو قدر شيئا من الطعام ووصفه بصفات
السلم صح جعله اجرة وان شرطه في كل يوم شيئا خرج على المسلم في جنس الى اجلين وصرح
به القاضي الحسين ثم اذا اذن له في صرف ذلك الى العبد المستاجر جاز ولهذا نقول فيما
لو استاجر دارا بشي من الدراهم ثم اذن له في صرفها بلا شرط صح ولم يخرج الاصحاب
ذلك فيها ويعتب عليه على اتحاد القابض والمقبض بل ادعى ابن الصباغ في باب الخلع فيما
اذا خالع زوجته على شي واذن لها في انفاق ذلك على ولده انه لا يختلف اصحابنا في ذلك
وكانهم نزلوا القابض من المستاجر منزلة الماسك عن الاجرة وان لم يكن معينا واغتفروا مثل
هذا التوكيل لوقوعه ضمنا وان كان لا يصح لو وقع قصدا كما صرح به القفال فيما اذا
قال وكل من اراد بيع مالي بيعه للرهن هذا ان قال اذا اذن له في ثمنه
فانه له في اسلامه في كذا ان يصح ونحوها حكاه صاحب الاشراف عن ابن سريج ثم قال والمذهب
خلافه وقضيته ان يجي هنا وعلى الاول لو اختلف الاجير والمستاجر في قدر المصروف
وكانما ذكر المستاجر محتملا ففي القول قوله فيه قولان في الامانة والذي اجاب به ابن
الصباغ ان القول قول المستاجر ومسالي فيما اذا اذن الحاكم للمستاجر عند غيبة
الكال في الانفاق وحربناه ثم اختلفا نكال والمستاجر في قدر المنفق فهل القول قوله
فيه اوجه يتخرج بان مثلها هنا ولو ادعى المستاجر عند انتهاء المدة انه انفق في اصل
العقد بشرط الرجوع رجع عليه وان فسخ العقد لا دم فان اختلفا في قدر المنفق ذكر
القاضي في ... ان القول قول المنفق لانه المومن على ذلك قال ابن الصباغ وهذا ليس
صحيح لانه لم ياتمنه وانما شرط عليه ان يقول المعقود عليه وذلك لا يقتضي الامانة
الطعمه ... لا اطعام الشي يعم الكاف ولشرطها جمع شي وصفته
وهو ناس ... فيه شياه ولشي ما شيا قال وان عقد على ما لمحرا وى
العقد على منفعة غير معينة جاز لان المنافع في حكم الاعيان المقبوضة بدليل جواز
التصرف فيها فجاز ان يكون ما يقابلها حالا في البيع وهذا هو المذهب وقيل
فيه قولان من ... المسلم ... عقدت على مستطر ... انفساخ العقد فيه

بعدها

بعدها والفارق على الاول فرق بان السلم معقود على اجال عقد غرر فلا يضاف غرر الى
غرر والاجارة معقودة على منفعة حالة وانما تستوفى فيما بعد فشابه الطعام اذا
اشتراه وقبضه قليلا قليلا والاجل المذكور فيها ليس باجل في الحقيقة وانما
يعرف به قدر المنفعة فان الاجل ما كان العقد عنده يقضيه وهذه المدة يقضى
الحق عند انقضائها اما اذا كانت الاجارة على منفعة في الذمة قال ابن يونس فهو كالسلم
بلا خلاف وهذا ان قاله وقد عقد بلفظ السلم فهو ظاهر وان قاله وقد عقد بلفظ
الاجارة ونحوها ولم يسلك به مسلك السلم فلا اتجاه له قال
وان اجر منفعة بمنفعة جاز لانهما منفعتان يجوز ان يعقد على كل منهما فجاز ان يعقد عليهما
العقد على احديهما بالاخرى عند اتفاق الجنس ... مختلفي الجنس ومن منع الصحة عند
اتفاق الجنس وهو ابو حنيفة اتبع في ذلك اصله في تحريم الربا في كل جنس واحد وقد
علمنا في باب الربا انه لا يجري الا في المطعوم والمعدودات قال ويجب الاجر بنفس
العقد لانه عقد لو شرط فيه تعجيل العوض كما حليه اتبع ذلك ما لا اتفاق فاذا اطلق
وجب ان يحمل على التعجيل كالثمن في البيع ولانه كان المستاجر قد ملك المنفعة وصح
تصرفه فيها توجب ان يملك الاجير ... ملكها ... الاجرة عملا بتساوي المتعاقدين
قال الا ان يشترط فيه الاجل فيجب في محله كالثمن وهذا اذا كانت الاجارة
واردة على العين اما اذا وردت على الذمة فسياتي واعلم انا وان اوجبنا الاجرة بنفس
العقد فلا يجب تسليمها ما لم يسلم العين الموجرة الى المستاجر صرح به الماوردي
وكان يحتمل ان يجري فيها الخلاف المذكور في البيع اذا كانت الاجرة على عمل وقلنا ان العمل
كالعين وان قلنا انها كالمنفعة ... كالنكاح لان المنفعة تفوت بالتسليم كما تفوت
منافع البضع بالوطء خصوصا اذا كانت المنفعة ... ونحوهما وقد صرح
المتولي بالحاق الاجر والمستاجر عند التنازع بالبائع والمشتري واذا سلم
الاجر الاجرة فهل ملكها ملكا مستقرا او ملكا مراعى فيه قولان صرح بهما
الماوردي وغيره ومعنى الملك المستقر ما حكاه الامام في كتاب الزكاة ان الاجارة
لو انفسخت في اثناء المدة انتقض ملك الاجر عما يخص الذي انفسخ العقد فيه من
حينه ومعنى الملك المراعى انها لو انفسخت في اثناء المدة تبينا انه لم يملك ما

ما انفسخ العقد فرع اذا وقع العقد باجرة موجلة والنقد على صفة ثم صار عند الحلول
على غيرها فالواجب النقد الموجود حال العقد بخلاف ما لو كان النقد حالة العقد
الحالة على صفة ثم تغير حال تمام العمل فان المعتبر فيه النقد الموجود حال الفراغ
على وجه لانه به استحق الاجرة والصحيح انه كالاجارة قال وان كان العمل على
مدة اي مثل ان استاجر شيئا شهرا من حين العقد فسلم العين ومضت المدة او على عمل
معين مثل ان استاجر عبده ليخيط له ثوبا او يبني له حائطا ونحو ذلك او استاجر دابته
ليركبها الى موضع كذا ونحو ذلك وسلم العين ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء لعذر قام به
اي بالطريق او لا لعذر لان المعقود عليه تلف تحت يده فتقرر عليه بدله كالمبيع
اذا تلف تحت يد المشتري وفي الحاوي ان هذا فيما اذا كان العذر المانع من استيفاء المنفعة
قائما بالمستاجر كالمرض ونحوه اما اذا كان قائما بالعين المستاجرة كمرض الدابة فلا
اجرة على المستاجر لكن ان كانت الاجارة على مدة فقد انفسخت وان كانت الى مسافة
معلومة فهي بحالها ولحق العذر القائم بالطريق من خوف حدث بالعذر القائم بالعين
المستاجرة لتعذر النفع في الحالين من غير المستاجر فصار ممنوعا من استيفائه
والاصحاب استبعدوا ذلك واجابوا عنه بان المستاجر ممكن من استيفاء المنفعة
في طريق اخر الى مثل الموضع المعين اذ لا يتعين السير الى الموضع الذي عينه عندنا
فصار كالوقف في الطريق وليس للمستاجر عند تعذر استيفاء المعقود عليه لا بسبب
من جهة المؤجر فسخ الاجارة ولا ان يلزم المكري ان يسترد الدابة في الصورة الاخيرة من
صور الكتاب الى ان يقدر على استيفاء المنفعة وقد الحق بالتسليم فيما ذكرناه عرض الاجير
العين المستاجرة على المستاجر وامتناعه من تسلمها الى انقضاء المدة او زمان يصح به
في المدة وعين محسنه الاجرة تستقر فيما اذا كانت الاجارة على منفعة معينة
بالحد له اسنا كما صرح به في الذخائر استيفاء المنافع والتمكن من الاستيفاء بان تسلم
اليه العين ويمضي المدة وهي في يده وان عرض عليه العين وتمكن من قبضها وتركها
حتى انقضت المدة قلت والحكم بالاستقرار في الصورة الاخيرة فيه نظر
لان الاصحاب شبهوا منفعة العين الحبيسة بالمبيع المعين وقد تقدم حكاية وجه فيما
اذا وضع البائع المبيع في بيت المشتري او حجره او بين يديه بغير اذنه ورضاه انه لا

بعض

يكون اما اذا ما لم ينقله فيشبه ان يجئ مثله ههنا قال ويجب رد العين
اي بعد مضي المدة كما سياتي فرع اذا وقع العقد على معقود فسلم نفسه ولم
يستعمله المستاجر حتى مضت المدة او مضت مدة يمكن فيها العمل المستاجر عليه فهل
يستقر الاجرة قال الرافعي الذي ذهب اليه الاكثرون الاستقرار والذي ذهب اليه
القفال عدمه لان الحر لا يدخل تحت اليد فلا تحصل منافعه في ضمان المستاجر
الا عند وجودها وهذا ما قال انه الصحيح ابو علي عند الكلام فيما اذا تلف الثوب الذي
وقعت الاجارة على خياطته واراد القاضي اي الطيب والماوردي وغيرهما الموافق
للقفال عن الاكثرين فانهم قالوا فيما اذا استاجر على قلع ضرس فسكن ثم امتنع
المستاجر من تمكين الاجير من القلع مع بقاء الالم حتى مضت مدة يمكن قلعه
فيها انه لا يجبر على ذلك ويجب عليه الاجرة ويستقر هذا هو عند الكلام في ان
المستاجر ليس له فسخ الاجارة بعذر وحكى ابن الصباغ ان القاضي ابا الطيب قال
في المجرد وعندي انها لا تستقر حتى ان هذا السن لو انقلع انفسخت الاجارة ووجب رد
الاجرة كما قلنا في النكاح اذا مكنت الزوجة من نفسها ولم يطاها الزوج ثم فارق وهذا
اذا حبس الدابة مدة المسافة فانه يستقر عليه الاجرة لان المنافع تلفت تحت يده بخلاف
مسئلتنا وهذا التعليل يوجد ملاقاته على الاصحاب في الجزم باستقرار الاجرة بالعوض
قال وان كانت الاجارة فاسدة استقرت اجرة المثل اي سواء انتفع بالعين
بعد تسلمها او لا لان الاجارة كالبيع والمنفعة كالعين ثم البيع الفاسد كالصحيح
في الضمان بالقبض فكذلك الاجارة قال وما يحتاج اليه للتمكين من
الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والحزام والقتب فهو على المكري اي عند اطلاق
العقد لان التمكين من الانتفاع واجب على المؤجر وهو موقوف على ذلك فوجب عليه وفي
معنى القتب الاكاف والبرذعة والثفر والبرة وهي الحلقة التي توضع في انف البعير من خشب
او غيره واللجام والسرج اذا كان المستاجر فرسا للركوب صرح به القاضي ابو الطيب
وغيره وحكى ابو الحسن العبادي في الرقم ان مكري الدابة لا يلزمه ان يسلمها عارية
والالات كلها على الراكب فانه يسقط عليه ذلك وفي التهذيب ...
الموجود ان كانت الاجارة واردة على الذمة اما اذا كانت واردة على عين الدابة فالبرة والخطام

ولجام الفرس وكذلك المفتاح الذي للمغلق يجب عليه ايضا والسرج والاكاف على المستاجر
وكذلك الوعا ان كان الكرا لحمل متاع ولو سلم المكري الدابة عارية فركبها او حمل عليها
بلا اكاف ولا سرج ضمن لانه من فوق ظهر الدابة الا ان يكون المسافة قريبة وذهب ابن
سريج الى ان السرج لا يجب الا اذا كانت العادة جارية بالركوب عليه وجعل الرافعي
ذكرها بالعادة وهذا يدل على ان الخلاف في الحالة وان لم تجر العادة بالركوب عليه او لو
كسب الدار مما يقفل عليه قفل جديد فلا يجب على المؤجر والفرق بينه وبين المفتاح
ان المفتاح منفعته تابعة للضبة وهو من التوابع بخلاف القفل فانه منقول
ش جمع المفتاح مفاتيح ومفاتح الزمام بكسر الزاي اصله الخيط الذي يشد
في البرة بضم البا وتخفيف الرا وقد يسمى المقود بكسر الميم وهو الرسن زماما و هو
مراد المصنف هنا الحزام بكسر الحا جمعه حزم والفعل حزمت الدابة احزمها حزما
واللبب بفتح اللام والبا جمعه البات قال وما يحتاج اليه لحال الانتفاع
كالدلو والحبل اي عند الاستقا والمحمل والغطا اي عند الاكترا
للركوب بها اي كما تقدم فهو على المستاجر لانه لا يتوقف الانتفاع عليه قاله
ومن هنا يوخذ انه لا يجب على الاجير ما يشد به احد المحملين الى الاخر من طريق الاولى
وفي المهذب حكاية وجه انه يجب عليه وهو بعيد مع القطع في نفس المحمل وسائر توابعه
المذهب انها على المكري قال الرافعي والاقوم ما في التهذيب اي هما متبوعة وهو رد
الوجهين الى ان شد احد المحملين الى الاخر على من يجب فعلى وجه يجب على الاجير فلا
يجب عليه الشيل والحل والثاني على المكري لانه اصلاح ملكه واعلم ان محل وجوب
الدلو والحبل على المستاجر اذا كانت الاجارة واردة على العين اما اذا وردت على الذمة
فهو كالوعا في الاستيجار على نقل الغلة في الذمة فيكون على المكري وعن القاضي حسين ان
الرجل ان كان معروفا بالاستقا بالة نفسه لزمه الاتيان بها قال الرافعي وهذا يجب
طرده في الوعا ش الدلو قال ابن السكيت الغالب عليها التانيث وقد تذكر
وتصغيرها دلية وجمع القلة ادل وفي الكثرة دلا ودلي بضم الدال وكسر اللام وتشديد
اليا وادليت الدلو اي ارسلتها في البير ودلوتها اذا اخرجتها منه وايضا ارسلتها الغطا بكسر
الغين والمد جمعه اغطية وهو ما يغطى به الشي يقال غطيته اغطيه تغطية

وحكى

وحكى الجوهري ايضا غطيته غطا بالتخفيف ومنه قولهم غطا الليل يغطوا وغطى اذا
اظلم قال وفي فسخ الكبير اي بعد الحبس وتنقية البالوعة اي اذا امتلأ ذلك في
اثنا المدة بعد تسليمه فارغا وجهان وجه الحاقه على المكري اذ فيه تفويت المنفعة من الاستيفا
فوجب كما يجب تسليم ذلك في الابتدا فارغا حتى اذا لم يفعله يثبت للمستاجر الخيار وهذا ما
الروياني ولم يحك الماوردي عن الاصحاب سواه ووجه ثانيه على المستاجر انه تسلم ذلك فارغا وانما
حصل الامتلا بفعله فكان عليه فليطرح الدار عن الكناسة والاتربة عن الرماد وهذا ما
صححه الرافعي واصحاب الماوردي ونقله انه اجاب القاضي ابو الطيب والسنجي وابن الصباغ
والمتولي وعلى هذا اذا لم يفعله المستاجر لا يثبت له خيار وفيه وجه انه يثبت له وفي
الحاوي انه يجبر على ذلك وهذا كله في خلال المدة اما اذا انتهت المدة فهل يجب على المستاجر
تنظيف ما تسلمه فارغا ليسلمه كما تسلمه ام لا قال الاصحاب ان كان الموجود الكناسة
المجتمعة في زمن اجارته وجب عليه ازالتها وكذا الرماد عند الامام وفي التهذيب انه
لا يجب لان طرح الرماد من ضرورة استيفا المنفعة واما فسخ البير وتنقية البالوعة
فلا خلاف في عدم وجوب ذلك ومستنقع الحمام وهو الذي يجتمع فيه الما الوسخ حكمه
حكم البالوعة عند بعضهم في الدوام والابتدا وحكى في البحر القاضي في الجامع حكى عن
بعض اصحابنا ان تنقيته على المكري ابدا وهو المذهب لان التمكن من الانتفاع لا يحصل الا به
ولا يشبه الحش في الدار لان معظم انتفاع الدار لا يتوقف عليه لاختلاف احكام الحمامات
التي وقع فيها الكلام الكناسة وما يسقط من الطعام ونحوه اما التراب الذي يحصل من هبوب
الرياح فلا يجب على المستاجر لانه حصل بغير فعله ذكره الرافعي لكن قد قيل ان الثلج اذا وقع
في العرصة خف ولم يمنع الانتفاع كان ملحقا بكنس الدار والذي ان يبقى على الظاهر ومنهم من
الحقه بتنقية البالوعة وان كان قد حصل لا بفعله فيجب ان يكون التراب الحاصل بالكناسة
في اثنا الاجارة وان حصل لا بفعله ش الفسح الكنس البير مؤنثة مهموزة ويخفف
بركة وجمع القلة ابور وابار باسكان البا وبعدها همزة ومن العرب من يقلب الهمزة
فيقول آبار بمد اوله وفتح البا البالوعة والبلوعة بفتح وبسط
الدار وهي الاوساخ قال وعلى المكري الاثاث له لحفظه اي اسالة الاكل وحفظه
وارتاب النسج بان يمسك بيده او يضع له رتبة ليرتب عليها عند النزول والبارك

الحمل للمراه لاقتضا العرف ذلك وفي معنى المراه الرجل الضعيف بسبب مرض او نحافه
وكذا من جاوز الحد في السمن كما صرح به الماوردي والاعتبار في القوه والضعف بحاله
الركوب لا بحاله الاجاره صرح به ابو الطيب وغيره ولو كان المستاجر بغلا او حمارا وجب
عليه تعريفه من المراه ومن في معناها لتسهيل الركوب ويجب عليه بعد الاركاب سوق الدابه وتعهدها
واعانه الراكب والنزول على العاده ويجب عليه ابرال الراكب لقضا الحاجه والطهاره وصلاه
الفرض اذا طلب المستاجر ذلك ولو في اول الصلاه واذا نزل انتظره ولا يلزم المستاجر
المبالغه في التخفيف ولا القصر ولا الجمع وليس له الابطا والتطويل فان كان له تطويل
طبعا فيه وعاده كان عيبا وللمكاري فسخ الاجاره والصبر عليه وهذا ولو كان حسن الركوب
الا ان يستنزل الراكب بنفسه عنه صرح به الماوردي ولا يجب ابرال الراكب لصلاه النفل
والاكل والشرب لانه يمكن على الراحله واعلم ان ظاهر كلام الشيخ يقتضي انه لا فرق في
وجوب ما ذكره على المكري بين ان تكون الاجاره وارده على العين او على الذمه وبه صرح به
الماوردي وقال الرافعي ان محله اذا وردت على الذمه اما اذا وردت على العين فالذي يجب على الاجير
التخليه بين الدابه والمستاجر وليس عليه ان يعينه في الركوب ولا في الحمل وان هذا انما يجب للاعراف
في موضع الاجاره وان الامام حكى وراه بعد ادعيه اجرها انه يعرف في اجاره الذمه بين ان يعقد
العقد على التبليغ مثل ان يقول الزمت ذمتك تبليغي موضع كذا على دابه صفتها كذا فيجب الاعانه تبعا
فيلزم الاعانه وبين ان يقع على الدابه بان يقول الزمت ذمتك منفعه دابه صفتها كذا فلا تلزمها الى
موضع كذا فلا يجب واذ تجب الاعانه على المذهب في اجاره العين ايضا والمالك ان يجب في الحمل سوا
كانت الاجاره في الذمه او على العين لاطراد العاده بالاعانه على الحط والحمل وان اختلفت في الركوب
وهذا ما احكاه في الوسيط ووضع الحمل وحطه كالحمل فرع اجره الدليل والسائق والقائد
ينظر فيه فان الذي يلتزم تعيينه فليس على الاجير غيرها وان الذي معه الركوب او الحموله
في الذمه كان ذلك كالاجره قاله في البحر تنبيه الاشاله الرفع يقال اشلته اشيله بضم الهمزه
اشاله فهو مشال وسائل ثلاثه سوال اي رفعته ابراك البعير قال اهل اللغه
يقال برك البعير بمعنى برك بضم الرا وبركا اي استناخ وابركته انا فبرك قال ابن فارس هو مشتق من البرك
فتح البا واسكان الرا وهو الصدر لانه يقع ملقيه على الارض ولعل هذا من الشق فان
المكري ان يسوق المتعه بالمعروف لان اطلاق العقد يقتضي التعارف فالحق بالمشروط ولهذا اللفظ من جوامع
العلم

العلم لانه يبطل مسايل لمن صرح بها الاصحاب منها ان من استاجر ثوبا للبس فان له
ان يلبسه بالنهار وفي الليل الى وقت النوم وليس له ان ينام فيه ليلا وكذا في وقت القيلوله على وجه
به جزم في الحاوي والصحيح وهو الذي اورده الاكثرون الجواز ومحله في القميص الاسفل اما
الاعلى فيلزمه نزعه في ساير اوقات الخلوه لانه انما يلبس عاده في وقت الخروج الى الطريق
ودخول الناس عليه ولا يجوز له الاتزار بالقميص المستاجر للبس لانه اضر من اللبس وفي
الارتداء به وجهان حكاهما شيوخ الطريقين اظهرهما الجواز لان ضرر الارتداء دون ضرر
اللبس ومن هذا يظهر انه لو صرح بالاستيجار للارتداء لا يجوز له الاتزار به ويجوز به في
ويجوز ان يعلم انه اخف ضررا ومنها اذا استاجر دارا للسكنى فان له ان ينقل اليها
امتعه وهل يجوز ان يضع فيها ما يسرع اليه الفار ويفضي بسببه خطر فيه وجهان
اصحهما الجواز لانه معتاد ولا يجوز له ان يضع التراب والرماد في اصل حيطانها ولا ربط
دواب فيها وكذا لا يجوز ان يسكنها حدادا ولا قصارا لاضرار ذلك بجدرانها وان
البحر فان قيل المستاجر اذا استاجر ارضا للزراعه يجوز له ان يزرع اضر زرع فهلا قلتم في
السكنى مثله قيل الفرق ان السكنى لا يتضمن الاضرار بالدار واذا اسكنها ما يضر بها لم يجز
والزرع يتضمن الاضرار بالارض فاذا اطلق فقد رضي باكثر الضرر وهذا جواب عما اورده الرافعي
سوالا على جواز اطلاق الاجاره للسكنى ومنها من استاجر راحله للركوب فان له النوم
عليها في الوقت المعتاد بالنوم وليس له ذلك في غير وقته لان النايم يثقل وله استنهاض
الدابه بالضرب ونحو اللجام وركض الرجل على العاده روى جابر قال بعت من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاشترى مني بعيرا وحملني عليه الى المدينه وكان يحي يسوقه وانا راكبه
وانا اضربه بالعصى ومنها للمستاجر للركوب وضع الرحل واعلونه على الدابه على
الوسط المعتاد وليس لاحد المتواجرين ان يضع الرحل مكبوبا ولا مستلقيا والمكبوب
ان يضع مقدم الحمل ادنى الى الراحله اوسع من المؤخر وهذا يضر بالدابه ويضر بالراكب والمستلقي
عكسه كما قاله ابو اسحاق ومثل المكبوب ان يضيق المقدم والمؤخر والمستلقي ان
يوسعهما جميعا وهو قول علي الطبري وقيل المكبوب تقدم الحمل الى مقدم البعير وهو
اوطا للراكب والمستلقي ان يجر الحمل الى مؤخر البعير وهو اسهل على البعير وهذا قول
ابن ابي هريره ومنها اذا كان في الطريق مراحل معروفه جرت العاده بقطعها

في كل يوم مرحلة فليس للمستاجر ان يوقف عليها عند الاطلاق وكذا ليس للاجير تكليفه
ذلك وهذا الخلاف في النزول في البلد او في ظاهرها وفي السير في الليل او النهار ويتبع فيه
العادة فان لم تكن عادة في المراحل ولا في السير وقت مخصوص ولم يقع في ذلك شرط في
حالة العقد فسد فان وقع شرط بان يسير في كل يوم قدرا معلوما جاز وقال ابو اسحاق
وقد جرت العادة في قطع البادية الى مكة في ايام الجمال بضعف الحمولة ولا يجوز الاطلاق
في ذلك لان الاطلاق لا يمكن حمله عليه لما فيه من حمل الحمولة ما لا تطيق وهذا اذا
كانت العادة جارية بان ينزل الراكب ويمشي في الرواح فان شرط مع ذلك النزول اتبع
الشرط قال الامام ولعوض في شرط النزول اشكال لتبع المسافة ويقع في اكثر العقب
لكن الاصحاب احتملوه بناء على التساهل وان شرط ان لا ينزل اتبع الشرط وان اطلق
العقد فان كان الراكب امراة او مريضا فلا يجب النزول وان كان رجلا قويا فوجهان
لتعارض اللفظ والعادة وكذا حكم النزول على العقاب الصعبة والاقيس في تعليق القاضي
الحسين ان له الركوب قال [redacted] وان اكترى ارضا لزرع الحنطة فزرع فيها لا ...
المعقود عليه منفعة الارض والزرع طريق في الاستيفاء فلا يتعين كما اذا ان له ... على
غيره فانه يجوز من ان يستوفيه بنفسه او بغيره ومن طريق الاولى يجوز له ان يزرع ما دونها
كالشعير والقرط ولا يجوز ان يزرع ما فوقها كالارز والذرة لما في ذلك من الاضرار بالاجر
فان الارز يحتاج الى السقي الدائم فيذهب قوة الارض والذرة تستوعب قوتها في الارض
وتستوفي قوتها وعن ابي ثور انه لا يجوز العدول الى غير الزرع المعين ومن الاصحاب من
قال انه قول للشافعي رواه ومنهم من قال انه راى راه والمذهب الاول فعلى هذا لو
قال اكتريتك لتزرع الحنطة ولا تزرع غيرها ففي المسالة ثلاثة اوجه حكاها ابن ابي هريرة
احدها ان العقد فاسد وهو ما ذكره ابن كج وذكر الروياني انه المذهب والثاني
ان العقد صحيح والشرط فاسد وهذا ما اجاب به الامام ولم يحك ابو الطيب غيره بعد
الوجهين والثالث صحة العقد والشرط لان المستاجر ملك المنفعة من جهة المؤجر
فملك بحسب التمليك وهذا الوجه شبيه بالوجه الملاحق فيما اذا نوى بوصف
انسانا حصوله له بعينها دون غيرها ومحلها اذا راه اذا لم يعين الحنطة المستاجر عليها
زرعها اما لو عينها بان قال اجرتك لتزرع هذه الحنطة فان قال ولا تزرع غيرها ففي
المذهب

المذهب الجزم بالفساد وان لم يتعرض للنفي نقل ابن القطان فيه وجهين احدهما ان العقد
فاسد لان تلك الحنطة قد تتلف فيتعذر الزراعة والثاني وهو اختيار ابن كج تعين الجنس
وهو ما حكاه الماوردي فيما ستشهد انه على ... في اصل المسالة فرع لو زرع الذرة والارز
والاجارة وقعت لزراعة القمح فللاجير اجباره على القلع لتعديه وهل يتوجه منعا لو لم تفسد الارض
حتى يقيس قيمتها اذا قلعت او تلفت بسبيله وجهان احدهما وهو قول ابي حامد انه
يضمنها والثاني وهو الاصح في الحاوي لا لان بعض المنفعة لا في الموسم اذا قلع الزرع
نظر فان امكن زرع الحنطة زرعها والا لم يزرع وعليه الاجرة لجميع المدة لانه المفوت للعقد على
نفسه ثم ان لم يقلع حتى ... اجرة ... وان ... المسمى الحكم فيه كالو لم يبق القلع
حتى انقضت المدة ونضج الذرة وحاصلها ما قاله فيه ... قولان احدهما وهو ما نص عليه
في المختصر وبه قطع ابو علي الطبري والقاضي ابو حامد وكذا ابن سريج فيما حكاه ابن كج والماوردي وفي
ان المالك بالخيار بين ان ياخذ المسمى في مقابلة زرع القمح واجرة المثل فيما زاد لكل الفضل
انما هو اجرة المثل لزراعة الذرة لانه اخذ شيئا من اصل من العصب لانه ... بالزرع
وهو عمرها دون ... ومن امساكه البهيمة الى الموضع المحاكى فلما اخذ شيئا منها ...
والثاني وهو اختيار المزني والقاضي حسين ان الواجب المسمى واجرة المثل للزائد فاسد فيما
اذا اكرى دابة الى مكان فجاوزه وهذان القولان لم يحك ابن القطان سواهما والثالث ان
الواجب اجرة المثل وهو الذي صححه الروياني وهو الذي قطع به المزني وابو اسحق
وابو علي في ... وحمل نص الشافعي عليهما ... الرافعي اظهر وحكاها
الشيخ ابو حامد ومن تابعه والقاضي الحسين عن ابن سريج ايضا وعن ... ابو محمد في
السلسلة قول الرجوع الى اجرة المثل على ان البائع اذا اتلف المبيع قبل القبض ينفسخ العقد
ونقدر ان العقد لم يكن وقول الحسن على ان البيع لا ينفسخ ويثبت للمشتري الخيار
قال الرافعي وهذا البناء ليس بواضح لان المشتري هو الذي يقع في ضمنه البائع ولم يوجد
منه اتلاف واما المستاجر هو الذي فوت المنفعة على نفسه فكان باتلاف المشتري
اشبه وهذا الخلاف يجري فيما اذا استاجر دارا واسكنها الحدادين والقصارين
او دابة ليحمل عليها قطنا فحمل حديدا او ليقطع بها مسافة الى ناحية فقطع بها مسافة
اخرى اطول من تلك فاحكاه القاضي ابو الطيب وهو ... ولما اذا اكترى ...
نظر

فيها ما مر من الحنطة وابدالها بالحديد وفي كل صورة لا يمنع من المسمى وعما زاد ولو استأجر
للزاد قدرا وعين شيئا فالواجب اجرة المثل ومنهم من طرد الخلاف قال ـــــ
وان استأجر دابة ليركبها اركبها مثله اي في الطول والقصر والضخامة والنحافة والحذاقة
بوجه عام وعن المزني انه لا يجوز ولكن عليه ما يقدم ومن طريق الاول جواز اركابه دونه
ولا يجوز ان يركبها من هو فوقه وهذا الحكم لا يختص بمسئلة الدابة بل هو جار في كل مستوفى
حتى اذا اكترى ثوبا للبس يجوز ان يلبسه من هو مثله واذا استأجر دابة لحمل القطن فان له حمل
الصوف والوبر والريش وما يشبهه ولو استأجر لحمل الحديد فان له حمل الرصاص والنحاس
ولو استأجر لحمل القمح فان له حمل قدره من الشعير ان كان التقدير بالكيل لانه دونه وان
كان التقدير بالوزن فلا لان الشعير ينتفش فيكون الثقل مع الحديد لا يجوز ان يوضع احدهما
مكان الآخر ولو استأجر دابة ليركبها باكاف فله ان يركبها بالسرج لانه اخف ولو عكس لم يجز
قال القاضي الحسين الا اذا كانت تحمل متاعا فابدل السرج بالاكاف قال القفال يجوز اذا لم يكن
اثقل من السرج ولو عكس لم يجز قال الروياني وفيه نظر عندي ولو استأجر للحمل فاراد ان يركب لم
يجز وان رفقه على وزن المحمول هكذا اطلق الماوردي القول بالمنع وقال في التتمة يرجع الى اهل الصنعة
فان قالوا لا تتفاوت الضرر جاز والا فلا ولو استأجر للركوب فاراد ان يحمل قال القاضي الحسين له
ذلك اذا كان مثل ضرر الركوب او دونه وقال الرافعي الظاهر المنع في الطريق وهو قضية ما في
التهذيب ويجوز ان يركب مثله يجوز لو اكترى الى بلد ان يذهب الى مثل تلك المسافة من ناحية
اخرى اذا كانت مثلها في السهولة والحزونة والامن وفي الرافعي حكاية عن شرح المفتاح منع ذلك
لانه قد يكون للمكتري غرض في ذلك الموضع وهو ما جزم به القاضي الحسين في فرع قوله اذا اكترى
دابة ليركبها شهرا فحبسه ما حبسه من قبل قال ـــــ وان اكل بعض الزاد اي الذي وقع
وصفه حال العقد فالمعروف قال وفيه يختلف في المنازل جاز له ان يبدله لان فيه
غرضا صحيحا قال ـــــ وان لم يختلف ففيه قولان احدهما يبدله والثاني لا يبدل ما فني منه اولا بعد
الاكل او اكل الجميع فالحكم بدل الماء الذي شربه وهذا ما اختاره المزني وهو الاصح ونقله
القاضي الحسين والثاني لا يبدله اعتبارا بالعرف المعهود فيه وهو ان الزاد اذا فني بالاكل
لا يبدل وهذا الخلاف مأخوذ من تعارض العرف واللفظ فان العقد يتناول حمل الزاد من موضع
الى الموضع الذي هو شبيه بالخلاف المذكور في المشي في وقت الرواح وفي الجواهر مثل ان الزوجين

في النزول في وقت الرواح مأخوذان من عرف الناس وهذه الطريقة هي الصحيحة وفي المهذب
والحاوي ما يقتضي اجراء الخلاف في الابدال مطلقا فانه قال اذا اكل بعض الزاد فهل له ابداله
فيه قولان وقال ابو اسحاق ان كانت اسعار الزاد في المنازل متساوية في الرخص والغلاء
وكانت القافلة مأمونة لم يكن له الابدال وان كان يصل الى منازل يغلو فيها اثمان الزاد
فيبدل ولا يختلف القول فيه لان العرف جارية قال ـــــ وان اكترى دابة الى مكان فجاوزه
لزمه المسمى في المكان لانه استوفى المنفعة المقابلة له فاستقر عليه كما لو اشترى طعاما
فقبضه فاتلفه على وجه التعدي قال ـــــ واجرة المثل لما زاد لانه تعدى بها فكان
كالغاصب ويخالف ما اذا اكترى لزراعة القمح فزرع الذرة حيث يجب اجرة مثل الجميع على قول
لانه لم يفعل المسمى بل عدل عن الذي تعدى به فلم يمكن افراده بخلاف ما نحن فيه واستيفاؤه ابتدا
فعلم عدوانه فوجب اجرة المثل والتعدي هنا انما وجد بعد قطع المسافة فكانت
اجرة المثل واجبة اذ ذاك ولا خلاف انه لا يضمن الدابة قبل المجاوزة واما بعدها فيضمن
ان لم يكن صاحبها معها وان كانت قد تلفت في حال العلف والاستراحة فلا ضمان وان تلفت
في حال الحمل فينظر ان كان بسبب وقوع في بئر او عثور ضمن جميع القيمة وان لم يكن بسبب ظاهر
فالذي على وجه في الرافعي في اخر الباب والاصح انه لا يضمن الكل بل هل يضمن النصف او القسط
فيه خلاف سيأتي وهذا اذا لم يستعمل الا العود الى الموضع الذي اكترى منه اما اذا فعله كما
اذا اكترى من مكة الى مر الظهران ليرجع الى مكة فجاوزها الى عسفان يطرحان بان قد شرط ان
يسلمها ثم فالحكم كما تقدم صرح به الماوردي وفي صحة هذا العقد مع هذا الشرط نظر
من بعد وان لم يشترط فان كان الطريق من مر وعسفان كالطريق من مر ومكة في السهولة والامن
والقدر لم يضمن لانه التي قد يؤدي بها عند العقد وما جرت العادة به عند الاطلاق لم يضمن بالخروج
من مر فانه بعض القدر الذي لو رجع الى مكة حصل لما انقضى زمان استحقاقه ووجب عليه تسليم الدابة
الى المالك او تسليم ان وجد ولا فالى الحاكم فان لم يجد فان تعدى ذلك ضمن فـــروع
اذا اكترى دابة الى بلد فبلغ عمارتها فعلى المكتري ان يرد الدابة وكلام بعضهم يقتضي ذلك
بعضهم وقال الماوردي يحمل ذلك فيما اذا كان البلد واسعا اما اذا كان صغيرا فقد افتى اهله
جاز ان يركب الى منزله فقد ـــــ ويمكن ان يتخرج على العرف فيما اذا استأجر لحمل
داره وفي صيغة الكتاب هل عليه ادخال الدار ام لا وجهه الثبوت المطرد العرف فيه على الاول

اذا مرض صاحب الدابة معها عليه ان يسلمها الى وكيله ان كان له وكيل هناك والا فالى الحاكم
فان لم يكن هناك حاكم فالى امين فان لم يجد امينا ردها واستصحبها الى حيث يذهب
كالمودع يسافر بالوديعة للضرورة ولو اذا اكترى دابة الى مكة لم يكن له الحج عليها
وان اكتراها للحج عليها ركبها الى منى ثم الى عرفات ثم الى المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة للطواف
وهل له ان يركبها من مكة الى منى لاجل الرمي فيه وجهان قال ــــ وان حمل عليها
اكثر مما شرط اي مما لا يقع التفاوت فيه بين الكيلين فتلفت وهي في يده اي بسبب ذلك
ضمنها لانه صار غاصبا واما القاضي ابن كج فحكى احتمالا في انه لا يضمن الكل قال ــــ
وان كان صاحبها معها ضمن نصف القيمة في احد القولين لان تلفها حصل بمضمون وغير مضمون وقسمت
القيمة عليهما نصفين كما لو جرحه واحد جراحات وآخر جراحة وهذا ما صححه الشيخ ابو محمد في السلسلة
والقسط في الآخر مواخذة له بقدر الحمولة وهذا ما رجحه الامام وغيره وحكى القاضي حسين
عن بعضهم القطع به فعلى هذا لو استاجر على حمل مائة رطل فحمل عليها مائة وخمسين ضمن ثلث
قيمتها وخالف الجراحة لان هناك التوزيع متيسر بخلاف الجراحات فان نكاياتها لا تنضبط
ولا معنى لرعاية مجرد العدد واصل هذا الخلاف ما اذا امر الامام الجلاد بضرب ثمانين
فضربه احدى وثمانين فمات لم يضمن وفيه الخلاف المشهور وفي شرح المختصر حكاية
وجه اما اذا كانت الزيادة مما يقع التسامح بها كالمكوك والمكوكين فلا ضمان عليه
بسببه ولا اجرة ثم التسامح وغيره ولو تلفت الدابة بسبب غير الحمل فان تلفت في يده
ضمنها والا فلا ضمان لانا ضمناه في المسئلة قبلها ضمناه بالجناية ولا جناية ولا يد
هنا واما اوجب عليه من الاجرة حاصل ما قيل فيه اربعة اقوال بيّنه منها ذكرناها فيما
اذا استاجر للحج فترك الرمي وارجحها انه يخير المالك بين اخذ المسمى وما نقص من الدابة
بسبب الزيادة وبين ان ياخذ اجر المثل والمشهور ان عليه المسمى واجرة المثل لما زاد
ثم ان كان المحمل المستاجر على الدابة بنفسه ولكن سلم ذلك الى الآجر حمله على
البهيمة نظر ان كان الآجر جاهلا بالحال بان لبّس عليه وقال انه القدر المستاجر عليه
وهو كاذب ففيه طريقان احدهما ان المسئلة على قولين في تعارض المباشرة والغرور
فان غلبنا الغرور فهو كما لو حمله المستاجر بنفسه وهذا هو الظاهر وبه اجاب الغزالي
وان اعتبرنا المباشرة فلا ضمان ولا اجرة للزيادة وان كان المكري عالما بالزيادة نظر ان لم

يقل

يقل المكري شيئا ولكن حمله المكري فلا ضمان ولا اجرة للزيادة ولا فرق بين ان يضعه على الارض
فيحمله المكري على البهيمة وبين ان يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المكري
وان قال المستاجر للآجر احمل هذه الزيادة فاجابه قال في التتمة فهو مستعير للدابة في
الزيادة فلا يجب الاجرة ويجب الضمان وفي كلام الائمة ما ينازع فيه الثاني اذا كال المكري
وحمل البهيمة فلا اجرة له لما زاد سواء كان غالطا او عامدا وسواء كان المكتري جاهلا
بالزيادة او عالما فسكت ولا يجب عليه ضمان البهيمة وللمستاجر مطالبة المكري بردها
الى الموضع المنقول منه وليس للمكري ردها بدون رضى المستاجر ولو لم يعلم المكتري حتى عاد
الى البلد المنقول منه فله ان يطالب المكري بردها على اصح الوجهين والوجهين ان له المطالبة
ببدلها في الحال كما لو ابق العبد المغصوب من يد الغاصب كذا حكاه الرافعي والذي حكاه
الماوردي الخلاف على غير هذا النحو فقال لو عاد المالك الى المطالبة برد العين ودعا الكال الى
رد مثله في الحال ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحاق وابن ابي هريرة ان القول قول الكال
لان الزيادة لما انفصلت فارقت حكم الغصب وصارت كالمستاجر عليها وهذا اذا كان المحمول
مما له مثل اما اذا كان لا مثل له كالدقيق والسويق لزم الحمال رد الزيادة بعينها
على الوجهين معا قال ــــ وللمكتري ان يكري ما اكتراه بعد قبض العين اي
من الآجر وغيره لقيام حالة القبض المعقود عليه ولا يجوز ان يكري قبل القبض من
غير المكري في اصح الوجهين لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ولان الاجارة بيع وانه
ملك المنافع بعقد معاوضة فلم يكن له ان يعقد عليها عقد معاوضة قبل القبض
كالبيع وهذا ما صححه الامام ايضا وادعى عند الكلام في التصرفات في المبيع قبل
القبض نفي خلافه والوجه الثاني انه يجوز لان المعقود عليه المنافع والمنافع لا تصير مقبوضة
بقبض العين فلم يؤثر فيها القبض وهذا قول ابن سريج واجاب القاضي ابو الطيب عما ذكره
بان قبض المكتري يتعلق به الضمان بدليل ان المدة اذا انقضت في يد الآجر كان من ضمانه ولم
يستقر له الاجرة واذا انقضت والعين في يد المستاجر استقرت عليه الاجرة ولزمه ضمان
المنافع فثبت بهذا ان القبض ينقل الضمان فصار بمثابة قبض العين المبيعة وفي الماوردي
الوجهان على الخلاف السابق في ان مورد عقد الاجارة ماذا ان قلنا مورده العين لم يمنع
والاصح وهذا البناء يقتضي ان يكون الصحيح الصحة فان [illegible] ـه وعند غيره ان مورده المنفعة

قال — ويجوز من المشتري اي قبل القبض في اصح الوجهين لان المعقود عليه في قبضته
وهذا قول ابن سريج والوجه الثاني لا يصح كما لا يصح بيع المبيع منه قبل قبضه على الاصح وهذا ما
صححه الثاني وقال القاضي ابو الطيب انه المذهب المشهور وفي تعليق البندنيجي انا ان جوزنا
الاجارة من الاجنبي فمنه اولى والا فوجهان كما قلنا ان في بيع المبيع قبل القبض من الاجنبي لا يصح وفي
صحته من البائع وجهان وعندنا لا اختصاص ويتوجه صحة الاجارة قبل القبض من الآجر والاجنبي بلفظه
ادعه كالتها تصح من الآخر من ان يجب بعقد الاجرة الاولى او ما لزمهما او العقود وقد ذكرت
في البيع انه اذا باع المبيع من البائع قبل القبض بقدر الثمن الاول انا ان جوزناه بعد مجلس الاول فلا
فيها اولى والا فوجهان لان ذلك في معنى الاقالة ويظهر جريان مثل هذا فيها واعلم ان كلام
يقتضي ان استيجار الآجر ما آجره من بلده بعد القبض جائز وانما الخلاف فيما قبل القبض وهو ما
اورده القاضي ابو الطيب والجمهور وقد حكى الماوردي وغيره من المراوزة في صحة ذلك بعد القبض وجهين
[illegible] على اختلاف بين اصحابنا في ان المنافع تحدث على ملك الآجر او على ملك المستاجر
فان قلنا بالاول صحت الاجارة [illegible] على خلاف [illegible] ان المستاجر اذا ابتاع العين المستاجرة هل تنفسخ
الاجارة ام لا فان قلنا لا تنفسخ [illegible] ملك الرقبة وملك المنفعة بالاجارة فلا يمنع من الاستيجار
هنا لان الملك اذا يقطع الدوام يمنعه الابتدا اولى وان قلنا لا تنفسخ الاجارة امتنع الاستيجار
هنا لانه قد عقل انه يجمع الملك في الرقبة والملك في المنفعة بالاجارة ومنهم من علل وجه
المنع بانه لو صح لادى الى ان يجب الشي مضمونا له وعليه لان القبض [illegible] المستاجر
والثاني لا يجوز وقد نسب بعضهم وجه المنع الى ابن سريج ووجه الجواز الى ابن الحداد وعد ذلك من
مناقضاته لانه حكم بانفساخ الاجارة اذا اشترى المستاجر ما استاجره لامتناع اجتماع
الملك والاجارة وذكر عن [illegible] انه قال فان قال [illegible] نفس الاستيجار السابق يمنع صحة
الشرا اللاحق [illegible] الملك السابق وجب ان لا يمنع صحة الاستيجار اللاحق لكن ينفسخ
الاجارة اذا حصل الاجتماع كما انفسخت هناك والجواب — ان ما ينفسخ اذا كان
سابقا وجب ان لا يبعد اطراؤه على ما لا ينقطع الا ترى ان النكاح لما انفسخ بطريان ملك العين
وان كان سابقا لم يصح اذا طرا على الملك — وقد يظهر في دفع ما قدر انتقاض
انتصارا لابن الحداد امر آخر وهو ان ابن الحداد لا يقول مع القول بصحة الاجارة بانفساخ
ولو قال به لكان ملكها للانعقاد وحينئذ فلا يلزم للقول بصحتها معنى لانها اذا انفسخت

عادت

عادت المنفعة الى الذي اجر وهو المستاجر وكل ما لا يترتب عليه ما هو المطلوب منه فهو باطل
فرع — اذا اجر الحر نفسه ومكن المستاجر من منافعه فهل له ان يوجر نفسا على منع
الاجارة قبل التسليم فيه وجهان اصلهما ان الحر اذا سلم نفسه الى المستاجر فلم يستعمله
هل يستحق الاجرة بمضي المدة ام لا فان قلنا يستحق الاجرة فقد جعلناه قابضا للمنافع
المعقود عليها وان قلنا لا يستحق فلم نجعله قابضا للمنافع ولم يملك العقد عليها والذي
صار اليه الاكثرون ان له الاجارة ولو [illegible] الاجارة على عمل في الذمة فهي جواز نقله للغير
كلام نذكره في اخر الباب — قال — وان تلفت العين المستاجرة اي مثل ان كان [illegible]
السبيل او حيوانا فمات او ثوبا فاحترق بعد القبض في اثنا المدة — قال — انفسخ الاجارة
فيما بقي لفوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل قبضها لانها انما تحدث شيئا فشيئا وما سبق
من القبض فانما هو في جواز التصرف وجواز التصرف لا ينافي الفسخ كجواز البائع التصرف في
الثمن قبل القبض وملك الفسخ بسبب الافلاس ونحوه وذهب ابو ثور الى ان العقد لا ينفسخ
لانه تلف بعد القبض المستحق بالعقد فاشبه تلف المبيع بعد القبض حكى ذلك عنه
القاضي ابو الطيب وغيره وحكى عنه القاضي الحسين ان المنفعة تدخل في ضمان المستاجر
بنفس العقد كان مذهبه دخول المبيع في ضمان المشتري بمجرد العقد — قال —
دون ما مضى اي اذا كان لمثله اجرة لاستقراره بالقبض وهذا ما عليه اكثر الاصحاب وهو الاصح
[illegible] — قال — وقيل فيما مضى قولان وجه الامتناع ما ذكرته ووجه مقابله ان
العقد واحد فلا يتبعض [illegible] في الباقي بعد الخلاف
اصله اذا باع عبدين فتلف احدهما قبل القبض فان العقد ينفسخ فيه وهل ينفسخ في الباقي
على طريقين اما اذا لم يبذل [illegible] مضى اجرة انفسخ في جميع المدة ولا فرق في جريان الخلاف بين ان يكون التلف
بآفة سماوية او كان باتلاف المستاجر [illegible] اما اذا تلف بفعل المستاجر استقرت
عليه الاجرة كما يستقر الثمن على المشتري باتلاف المبيع والمذهب الاول لان البيع ورد على
العين فحصل اتلافها قبضا والاجارة وردت على المنافع والمنافع المستقبلة معدومة
لا يتصور ورود الاتلاف عليها — فرع — اذا قلنا ينفسخ العقد فيما مضى فالواجب على
المستاجر اجرة المثل وله استرداد ما دفعه فان كان من نوع اجرة المثل جرى فيه اقوال
التقاص وان قلنا لا ينفسخ فهل يثبت للمستاجر الخيار فان [illegible] كانت الاجرة عوضا

لتضرره بالتبعيض وان كانت نقدا فلا اذ لا تبعيض ومنهم من خرجه على وجهين والماوردي
وغيره حكوا الوجهين مطلقا وصحح الامام والبغوي منهما المنع لان المنافع فيها رد مستوفاه
مستهلكه والذي اجاب به ابن الصباغ والبندنيجي واخرون الثبوت وايراد القاضي الحسين
يقتضي ترجيحه في موضع وجزم به عند الكلام في حصول السيل على الارض في بعض المده لان جميع
المعقود عليه لم يسلم له فعلى هذا ان فسخ فالحكم كما تقدم وان اجاز او قلنا لا خيار له قال
الرافعي وجب قسط ما مضى من المسمى والتوزيع يكون على قيمه منفعه المدتين لا على قدر المدتين
فاذا كانت الاجاره على سنه وقد مضت اربعه اشهر في يد المستاجر واجره مثلها مثل اجره
باقي السنه حسبنا استحق عليه ثلثا الاجره والاعتبار في حالة التقويم بحاله العقد دون
ما يطرا من بعد كما صرح به القاضي الحسين وغيره وفي الحاوي والبحر حكايه قول مخرج
انه اذا اجاز فليجبر على الاجره او يفسخ كما قيل في البيع وا علم انه يلحق بتلف العين المستاجره
في انفساخ الاجاره طريان الحيض على من استوجرت عينها لكنس المسجد في ابتدا المده
او ائنائها دون ما اذا التزمت كنسه في الذمه لا مكان ان توصيها الكنس الى غيرها وان
تكنس بعد الاغتسال وكان بعض مشايخنا يقول ينبغي في الصوره الاولى ان يخرج الانفساخ
على الخلاف الاتي فيما اذا اتلف الثوب المستاجر على خياطته حتى يقال على وجه لا ينفسخ وتكنس
قدر المسجد مثله وقد يجاب عن ذلك بان كلام الاصحاب محمول على ما اذا كان الاستيجار
بالربع المرصد لذلك اذ هو الغالب واذا كان كذلك فليس غيره مثله فلذلك جزموا بالانفساخ
ثم على تقدير ان تنفسخ الاجاره وقعت من احاد الناس بماله فينبغي ان يكون القول بتحتم
القول في الاستيجار على الاذان فان صح فقد ملك المسلمون تلك المنفعه وفي استعمال
المراه في كنس غير المسجد تفويت لتلك المنفعه على مستحقيها وذلك لا يجوز قال
وان وجد به عيبا او حدث به عيب اي والعقد على عينه ثبت له خيار الفسخ لتضرره
بالنقص كذا اطلقه الجمهور قال الرافعي والوجه ما ذكره المتولي وهو انه اذا اراد ان يفسخ
في جميع المده فهو كما لو اشترى عبدين فتلف احدهما ثم وجد بالقائم عيبا واراد الفسخ
فيهما وان اراد الفسخ فيما بقي من المده فهو كما لو اراد الفسخ في العبد القائم وحده
وحكمهما مذكور في البيع ومهما امتنع الفسخ فله الارش ثم هذا الخيار هل هو على الفور
او على التراخي قال في الحاوي انه على التراخي لانه يتجدد بمرور الاوقات لحدوث

القبض

المنقص فيها فلو اجاز العقد ثم اراد ان يفسخ قال الرافعي في اواخر الباب ينظر ان كان
ذلك العيب لا يرجى زواله كما اذا انقطع الما ولم يتوقع عوده فليس له الفسخ لانه عيب
واحد وقد رضي به وان كان بحيث يرجى زواله فله الفسخ ما لم يزل عنه لانه يتجدد كل ساعه
زواله فيتجدد الضرر وهذا كما قلنا في زوجه المولي اذا تركت المطالبه بعد انقضاء المده
وكما لو استاجر عبدا فابق قبل القبض فاجاز ثم اراد الفسخ فان له ذلك ما لم يعد
ولو زال العيب قبل علم المستاجر بزواله كما اذا تشعثت الدار فلم يختر المستاجر الفسخ حتى
عمرها الموجر فيبطل الخيار وجهان في البحر قال فان فسخ لزمه اجره ما مضى
اي اذا كان لمثله اجره لانه مضمون بالعقد اما اذا لم يكن لمثله اجره فلا شي عليه واستوجع
الاجره ان كان قد دفعها ثم الرجوع بها اذا كان قبلها اجره ما اذا قاله الاصحاب ذلك
بنقات
يبني على ان الفسخ في هذه الحاله يرفع العقد من اصله او من حينه وفيه الطريقان السابقان
فان رفعه من اصله فان اللازم اجره المثل وان رفعه من حينه فاللازم ما يقابل
المده من المسمى على المذهب الذي تقدم وعلى هذا ينبغي ملاحظه ما قاله المتولي ولو اجاز
المستاجر العقد استحق عليه جميع الاجره المسماه وفي ابن يونس انه قيل تقوم المنفعه سليمه
من العيب وتقوم ايضا بتلك العيب ثم يقسم الاجره على القيمتين فيجب عليه من الاجره ما يخصها
بلغ
مع العيب ويسقط الزياده على ذلك وهذا لم اره في غيره فيما وقفت عليه على هذا النحو المذكور
في المهذب انه اذا اكترى دارا فتشعثت فبادر المكري الى اصلاحها لم يكن للمكتري ردها
فان لم يبادر ثبت له الفسخ لانه يلحقه ضرر بنقصان المنفعه وان رضي بسكناها ولم يطالب
بالاصلاح فهل يلزمه جميع الاجره كالو اشترى دارا فسكنها بعض سنه ثم غصبت فان
كان الفسخ ثم بالتشعث ما يعم في العرف من تكسير البلاط وزوال بعض الساص والكسار
جذع ونحو ذلك فكلام ابن يونس موافق له لكن لا يشتمل على ذلك الفرق بين ذلك وبين ما
اذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع واجاز فانه لا يرجع بالارش وان قال الموفق لعل يعني بالتشعث
زوال سقف الدار ويكون فالخلاف الذي ذكره يشبه ان يكون مبنيا على ان احتراق السقف
هل ينزل منزله تلف احد العبدين وفيه خلاف مذكور فيما تقدم فمن قال بالخيار فالقسط بناه
على انه كاليد من العبد وعلى هذا فالحكم في البيع والاجاره واحد ولا يكون كلام ابن يونس
منطبقا على هذا واعلم ان العيب الذي يثبت الخيار في الاجاره هو ما يوثر في المنفعه

تأثيرا تظهر به تفاوت الأجرة لا ما تظهر به تفاوت قيمة الرقبة لأن مورد العقد المنفعة
وذلك مثل مرض العبد وضعف بصره والبرص والجذام في المستأجر للخدمة دون
المستأجر له على المواشي والبنا وتغير لبن المرضعة لا بمجرد الطعام لعلة في اللبن
لا صرح به الماوردي وكون الطفل لا يقبل لبن المرضعة على أحد الوجهين في تعليق
القاضي الحسين وحكى الرافعي في هذه الصورة وجهين أحدهما ينفسخ والثاني يبدل الصبي
بغيره ولذا لو كان الأجير كافرا والمستأجر عليه بناء مسجد أو نحر أضاحي ووقع العقد
على عينه وإن وقع على ذمته قيل له إن استنبت مسلما فلا خيار للمستأجر وإن أراد
أن يفعل بنفسه كان للمستأجر الخيار قاله الماوردي ومرض الدابة وعرجها بحيث تتأخر
عن القافلة عيب ولذا لو تعين المستأجر للركوب بضعف الظهر أو حسن التسيير
ولذا انهدام حائط في الدار وانكسار جذع فيها عيب لكن لو بادر المستأجر إلى الإصلاح
فلا خيار ونقص ماء البئر في الدار المستأجرة بحيث منع الشرب إن كانت العادة
الشرب من الآبار عيب ولذا إن لم تكن العادة جارية بالشرب منها ومنع تغيره الطهارة
ولو قل ماء النهر وكان معهودا في وقته فلا خيار في ذلك الوقت وإن كان من نقصانه
كان لا يحتاج إليه المستأجر من شرب أو طهر فلا خيار وإن قصر عن ذلك فله الخيار
ونقص ماء الرحى لا يثبت الخيار ولذا انقضى في الوقت المعتاد بسبب إذا نقص عن وقته في الأيام
ودخول الناس لكثرة بغتة حادثة أو خراب الناحية [illegible] صرح به في البحر والحاوي
أن خراب ما حول الدار المستأجرة أو بطلان السوق الذي فيه الحانوت المستأجر
لا يثبت الخيار لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه ولا فرق في ثبوت الخيار بالعيب
على المذهب بين أن يكون قد حصل بأمرهما أو بفعل المستأجر وقال الإمام وفيه احتمال في
الصورة الأولى ذلك إذا حصل بفعل المستأجر لتضمنه الرضا بالعيب قال
وإن كانت دارا فانهدمت أو أرضا فانقطع ماؤها ففيه قولان أحدهما تنفسخ لأن
المقصود السكنى والزراعة وقد فات ذلك فأشبه موت العبد المستأجر
فعلى هذا لو كان قبل الانفساخ وعلى كما تقدم والثاني يثبت له الخيار لأن بعض
المعقود عليه موجود والانتفاع به على الجملة ممكن فأشبه العيب وهذه الطريقة هي
المشهورة وقيل في الانهدام تنفسخ لأنها لا تسمى دارا وفي الانقطاع لا تنفسخ لأن يسمى الأرض

بال

باقي والزرع ممكن بالأمطار وسوق ماء آخر إليها وهذا ما قاله النص في الصورة وهو الأصح
حيث ثبت الخلاف ثم إذا قلنا يثبت الخيار فينظر إن كان الانهدام أو الانقطاع طرأ قبل مضي
مدة لمثلها أجرة كان بالخيار بين أن يجيز بكل الأجرة أو يفسخ وقيل إن أجاز أجازه كانت
بالحصة وفي هذا نظر وإن كان بعد مضي مدة لمثلها أجرة فله الخيار في المستقبل ويجيز له الخيار
في الماضي فيه وجهان في الحاوي قال ابن [illegible] الماضي من المسمى قال الماوردي [illegible] ويتخرج
قول آخر أنه إذا قام على الماضي بكل الأجرة أو لا يفسخ ومحل ثبوت الخيار في الأرض إذا امتنعت
الزراعة أما لو قال المؤجر أنا أسوق الماء إليها من موضع آخر وساقه سقط الخيار ولو بادر
إلى إصلاح الجدار في الحال قال وإن غصبت العين حتى انقضت المدة فهو كالمبيع إذا تلف
قبل القبض وقد مضى في البيع استيفاء الشرح بذكر ما ذكره في البيع عن الإعادة هنا ولا بد
من تجديد العهد به فنقول إذا غصبت العين المستأجرة حتى انقضت المدة فهل تنفسخ الإجارة فيه
طريقان أحدهما حكاية قولين [illegible] كما في طريقة الشيخ في البيع والصحيح منها الانفساخ كما
حكاه الماوردي وهو نظير ما حكيناه في البيع عن أبي الطيب والمتولي وقد حكى الرافعي أن هذا منصوص عليه
للشافعي وبه أجاب العراقيون والقول الثاني لا ينفسخ بل يثبت للمستأجر الخيار وقد حكاه عن
القاضي الحسين والإمام وغيرهما أنه مخرج في نظير المسألة في البيع وكان بعض الشيخ [illegible] الصحيح
هنا أيضا كما صار إليه الروياني لأنهم رجحوا الأول فيهما وقال الإمام في [illegible]
وفرق القاضي الحسين في الخراب بين التالف أن المعقود عليه في باب البيع التالف وجب على
الجاني مال والمال قابل العقد ابتداء فلهذا تعدى العقد من العين إلى بدلها بخلاف الإجارة
فإن المعقود عليه المنفعة وما وجب على المتلف للمنفعة مال والمال لا يقبل عقد الإجارة
ابتداء فلهذا لم يتعد العقد من المعقود عليه إلى بدله لأنه غير قابل لجنس العقد الذي
ورد على أصله وبهذا الفرق فرق المتولي أيضا والطريق الثاني لا ينفسخ قولا واحدا كما
حكاه الروياني وهو نظير الطريق الذي حكاها صاحب العدة عن أبي العباس في نظير
المسألة في البيع وإن كان الغاصب الأجير بعد أن سلمها أو منعها ابتداء ولم يسلمها حتى وجب
عليه التسليم ففيه طريقان أحدهما القطع بانفساخ الإجارة والثاني طرد القولين الذي
[illegible] صرح بها الروياني والمتولي وإن كان الغاصب المستأجر استقرت الأجرة عليه
كما تستقر عليه إذا أتلف المبيع وتصور غصبه أن يأخذ العين من الأجير بغير إذنه قبل القبض للأجرة

الحالة مسألة تقول السبع حتى ينقضي المدة ما فهمك ان الخلاف المذكور في الانفساخ لا
يطرد فيما اذا كان العقد على عمل معين مثل ان يستاجر بعيرا ليركبه الى موضع ثم اغتصب
وغصبه بعض المدة [illegible] الى ذلك الموضع كما صرح به في المهذب وكلام الماوردي والروياني
المعتمد ان الخلاف يطرد في هذه الحالة ايضا فانه قال لا يعد حكاية الخلاف في الانفساخ
اذا كان الغاصب اجنبيا والاصح انه لا يبطل فعلى هذا اذا كان الركوب مقدرا بمدة تخير
بين [illegible] احدهما المقام على الاجارة والرجوع على الغاصب والثاني فسخ الاجارة وان كان مقدرا
بالمسافة كان خياره بين اثنين الفسخ والرجوع بالمسمى او الاجارة والرجوع على الغاصب
الاجارة ويركب العير الى المسافة وفي النهاية حكت الخلاف في موت الصبي حكاية خلاف عن العراقيين
بعد اجرا الخلاف الذي [illegible] فانه حكى فيما اذا حبس المكري الدابة ولم
يسلم ولم [illegible] بمدة [illegible] احدهما [illegible] الامام [illegible] الى المراقبة لان
المدة وان ذكرت [illegible] واما المكري [illegible] الاعتماد [illegible]
الانتفاع ولان المكري لو حبسها هذه المدة استقرت عليه الاجرة [illegible] المدة المسماة
فاذا سوينا بين نوعي الاجارة في حق المكري فيجب ان نسوي بينهما في حق المكري والثاني
وهو الذي اجاب به العراقيون انها لا تنفسخ قال في الوسيط لكن يقال قد [illegible] فله
الخيار [illegible] الوقت [illegible] قال الرافعي عدم الانفساخ به اجاب الاكثرون ورواية
الاصحاب في الحمار [illegible] ما رواه الامام قالوا لا اجارة للمكري [illegible] للمكري اذا امتنع البائع
من تسليم المبيع مدة ثم سلم قلت الا [illegible] ما رواه الغزالي وبه اجاب الماوردي [illegible]
امتناع البائع من التسليم فان الاجارة لا تراد للدوام [illegible]
كان الغرر عليه السير في الوقت الذي استاجر فيه [illegible] المطلوب [illegible] الحمار والملك
يراد للدوام [illegible] السلم [illegible] فلذلك [illegible] والله اعلم فرع
لو امتد الاجر من الغصب الى انتزاع المغصوب فان لم يمض مدة لمثلها اجر فلا خيار للمستاجر
واستحق عليه تمام المسمى وان مضت مدة لمثلها اجر فان قلنا بالانفساخ في مدة الغصب فالحكم
كما سبق فيما لو هرب الكري والعقد على منفعة وهي مقدرة بالمدة فان قلنا بعدم الانفساخ
[illegible] لو قدر الاجر على الانتزاع من الغصب فهل يجب عليه ذلك فيه وجهان
اصلهما اذا احاطت الدار المستاجرة [illegible] الجدار او هو [illegible] او مفتاح ضاع في يد المستاجر

وفيه

وفيه خلاف مذهب العراقيين وهو الاظهر انه لا يجب عليه ذلك لما فيه من [illegible] سلم عين العقد
[illegible] العقد فاشبه ما لو احاطت الدار الى باب او ميزاب والذي صار اليه القاضي
الحسين والشيخ ابو محمد انه يجب [illegible] المنفعة كما يجب عليه اقامة جدار مايل او اصلاح
جذع منكسر وما يجري مجراه من مرمة لا يحتاج فيها الى عين جديدة قال الرافعي وكلام المعتبرين
يوهم طرد الوجهين في [illegible] فان العقد [illegible] الباب والميزاب وان [illegible] احالوا
لعدم الاجبار على اقامة [illegible] البغوي والمتولي والعراقيون [illegible] الامام
والدعامة التي [illegible] الانهدام [illegible] معنى [illegible] قيامه مائل
فيه [illegible] والكلام في ان المستاجر هو المخاصمة قد ذكرناه في كتاب الرهن قال
وان مات الصبي الذي وقعت الاجارة على ارضاعه انفسخ العقد على المنصوص [illegible]
والمعقات من الام لتعذر الاستيفاء لتعذر الابدال لاختلاف الصبيان في الرضاع
ولهذا لم يكتف في الاستئجار عليه بوصف الصبي بل اشترطنا رؤيته وقيل فيه
قول اخر انه لا ينفسخ لانه مستوفى به ولا تبطل الاجارة بموته كالراكب قال
فان تراضيا على ارضاع غيره جاز [illegible] وان تشاحا [illegible] ارضاع
عن فسخ العقد لتعذر اصابته والفاسخ [illegible]
كلام [illegible] لا فرق في الرضيع بين ان يكون ولد المستاجر ام لا وقال الامام ان محل
الخلاف فيما اذا كان غير ولدها اما اذا كان ولدها فان فرعنا على انها تنفسخ بموت الاجنبي
فيها اولى والا فقولان منصوصان وجه الانفساخ ان لبنها لا يدر على الاجنبي
دون [illegible] ولدها قال وهذا ضعيف لا اصل له والمصير الى الانفساخ باطل مطلقا قال
في المهذب وفي معنى موت الصبي ان يستاجر كحالا [illegible] او من يقلع ضرسا فيسكن الوجع
او من يقتص له فيعفو عن القصاص [illegible] على القولين [illegible] في مسألة الكحال وجه
انه لا [illegible] مع بقائه [illegible] في باقي الصور [illegible] اصحابنا من [illegible] قلع
[illegible] قلع الضرس عند سكونه وحكى [illegible] مسألة الاستئجار على الضرس وجها ان
العقد لا ينفسخ [illegible] الوجع [illegible] بقلعه [illegible]
[illegible] رأي [illegible] مسألة الصبي ما اذا استاجره
[illegible] ما اذا استاجره [illegible]

فأحكاه الامام فكيف لحق الامام حكى الخلاف في مسئلة الثوب وحكى عن العراقيين وقال الصحيح
ان العقد لا ينفسخ وهو ما جزم به الماوردي عند الكلام في الاجير المشترك قال الامام وعلى
هذا اتفق حكى العراقيون وحكى عنهم اذا قال المستاجر ليس عندي ثوب اخيطه ولست اتي به
والثياب عندي عتيد في ان الاجرة تستقر اذا مضت مدة يتاتى فيها العمل او لا تستقر
واذا مضت المدة انفسخت الاجارة وهذا ما اشرت اليه من قبل وتقدم في الهدية في باب
الخلع انه لا ينفسخ عنده لا مساغ من الابدال للعجز والوجه المدلول جواز ابدال الصبي مع
نظر فيهما وقد حكاه المتولي وصححه والامام عن العراقيين في باب الصداق وقال انه الاظهر
وقال ان المتقين من العرق على منع الابدال يعدونه ابدال الراكب او مقعه الدابة لا يمنع
بالراكب وانما هي استيفاء من عمرو شربه والثوب سائر بالخياطة ويقع فيه وشق ما شق
ولا اثر عند الشافعي بالعين على فعله وتوقع العليلين واذا كان ذلك فلا معنى لا يرد فيها
في العقود الواردة على الاعيان ثم قال وقد اختلف الائمة في تنزيل الوجهين فذهب العراقيون
وطوائف من المراوزة انا اذا منعنا الابدال فمنعه مع التراضي به الا ان يعرض عقد جديد وصار
صائرون الى ان ذلك محل الخلاف فيما اذا اراد المالك ان يبدل فاما اذا تراضيا جاز بلا خلاف
وهذا طريقة القاضي والذي حكاه الرافعي عن العراقيين في السبب اي على انفساخ الاجارة بتلف الثوب
المعين وبه اجاب ابن الحداد فيما اذا التزم دوابا في الذمة تحمل خمسة اعبد معينين فمات
اثنان وحمل ثلاثة ان له بذلك من اجحاش الخراو سقط حصة اذا اثنا وثبت اوزانهم وهو افقه
نص الشافعي فيما لو قيل امراة على خياطة ثوب بعينه فتلف قبل ان يخيطه ان لها مهر المثل لكن
السبكي ابو علي صور المسئلة في الثوب بما اذا وقع العقد على الذمة فاتضح ان الحداد في مسلم
العين وحمل فيما اذا وقع على عين الدابة لتحمل عليها متاعا بعينه او تركبها فله جواز الابدال
وان العقد لا ينفسخ بهلاك المتاع والراكب وفرق بان العقد والحالة هذه يتناول المنفعة
نرى انه لو سلم الدابة ولم يركب استقر الاجر وفيما اذا استاجر لخياطة الثوب المعين العقد
يتناول العمل ولهذا لو سلم نفسه مدة يمكن فيها الخياطة ولم يخط لم تستقر الاجرة
قال الرافعي وهما ذكره نزاع سنذكره من بعد ولست النزاع الذي سيأتي فيما اذا وقع العقد
على العين فيما اذا استاجره لخياطة ثوب بعينه فسلم نفسه مدة يسع الخياطة فهل
تستقر به الاجرة ام لا وهما ذكره الشيخ لو عمل وان كان مشتركا لهن العقد فالمراد

اذا التزم الاجير خياطة الثوب في الذمة فانه صور المسئلة بذلك وستاتي ان الاجارة
اذا كانت على عمل في الذمة لا يستقر الا بالعمل فرع لو لم يتلف الثوب المعين للخياطة
لكن بدا للمستاجر ان يقطعه قال الامام الذي يجب عندي انه لا يجب عليه الابدال
ولا يقطع ولهذا اذا فرعنا على ان الاجرة الاجير يستقر اذا مضى بعد تسليمه مدة يسع
العمل فاذا المراد بالثوب حتى مضت تلك المدة بعد التمكن استقرت الاجرة وان قلنا
ان الاجرة لا يستقر بالتمكن ومضى زمان المدة ثبت للاجير الخيار فان فسخ تخلص
وسلم منافعه وان لم يفسخ فهو المتسبب الى تفويتها واما المستاجر فلا خيار له
قال لان العذر من جهته قلت وما قاله من عدم الزامه القطع مع تفريعنا على ان
الاجر يستقر بالتمكن ومضي المدة لا شك في وضوحه واما على القول بعدم الاستقرار
ففي كلام الائمة ما ينازع فيه فان الرافعي حكى في المساقاة عند الكلام فيما اذا انقطع
الماء وقد درب النخل على ذلك ان من استاجر قصارا للقصارة ثوب بعينه يكلف بتسليمه
اليه وهذا تاب ما نقل السع عن المتولي وعن ان من استاجر صانعا ليصبغ له
ثوبا ويسلمه اليه ليسلم بعد ما لم يصبغه ولذلك لو استاجر قصارا ليقصر له ثوبا ليسلم
بعد ما لم يقصر ولذلك لو استاجر صانعا على محل يعيب وطال ذلك ولو لم يمكن التمكن
من السع لم يسع عليه السع والله اعلم قال وان مات الاجير في الحج
عنه لوا حصر قبل الاحرام اي وقد وقع العقد على عينه لم يستحق شيئا من الاجرة
لان الاجرة تقابل المقصود واشدا من الاحرام وقد يخاف ماله وما قبله من السير
مسبب فيه فاشبه من استوجر على البحر والبنا فاحضر الالات ومات فيه وهو
المنصوص في عامة كتبه وعن الصيرفي والاصطخري انه يستحق قسطا من الاجرة
بقدر ما قطع من المسافة
لان الاجر يستحقون من الاجر ما عملوا وحصل ان الاجر يقع في مقابلة السير والعمل
جميعا الامر انها تختلف بالمسافة طولا وقصرا وفصل ابن عبدان فقال ان قال
استاجرتك لتحج من بلد كذا فالجواب كما حكي عن النص وهذا ما لتفصيل الذي عن ابن سريج
قال وان كان بعد الفراغ من الاركان وقبل الاتيان بالرمي والمبيت استحق
الاجرة بكمالها وعليه دم لما فات املا وجب الرمي فلانه دخل الحج معظمه فكان عليه حيرة

قالاه وان قال
ليحج فاتحكوا لجميع
اي

ما لزم فاني حج عن نفسه واما استحقاق تمام الاجرة فلا نيابته بما قابله الاجرة والنقص
الحاصل الدم جابر فعلى هذا الوجه تحط قيمة الدم عن القدر الذي يحط من الاجرة في حط
قدر الميقات وجهان وبنى تقي الدين على ان رد ما يقابل الفائت تجلية لا ان الدم جابر لحق
الله تعالى وبعضهم جزم بهذا التفصيل في المسئلة طريقان ومنها جاريان فيما اذا احرم من دون
الميقات وهذا كله تفريع على القول بانقسام العامل على الحج كما هو الصحيح اما اذا خرجناه
وكانت الاجارة على العين كامورنا فعلى انفساخ الاجارة فيما بقي وجب رد قسطه من الاجرة
والمستاجر يستاجر من يرمي ويبيت ولا حاجة الى الاحرام لانهما يؤتى بهما بعد التحلل
ولا يلزمه الدم ولا رد شي من الاجرة قاله المتولي وسبق في كلام صاحب التهذيب ما يأبى
ذلك قال وان مات وقد بقي عليه بعض الاركان استحق بقدر ما عمل كما لو
استاجره على خياطة ثوب فخاط بعضه وقيل لا يستحق شيئا من الاجرة لانه لم يسقط الفرض
عن المستاجر وهو المقصود فاشبه ما لو التزم مالا لمن يرد عبده الابق فرده الى بعض الطريق
ثم هرب وقد بني الخلاف بعضهم على ان البنا على الحج هل يجوز ام لا فان قلنا لا يجوز فالاولى استحق
على الاظهر عدم الاستحقاق والصحيح
ولهذا الشافعي لان مقتضاه انه الصحيح الاستحقاق وكما جزم به الشيخ وحكاه ابن
عبدان عن الجديد والمنع عن القديم ونقل الامام طريقة متوسطة فقال ان جوزنا البنا
استحق لا محالة لان المستاجر يستفيد من اتمامه والا ففي استحقاقه الخلاف ولا فرق فيما ذكرناه
على الاظهر بين ان يموت الثاني من اركان الحج الوقوف او غيره وقد قيل ان القول بعدم
الاستحقاق مفروض فيما اذا كان الموت قبل الوقوف اما اذا كان بعده فوجهان قال
ويستاجر المستاجر من يستانف الحج عنه اي ولا يجوز البنا على حج الاجير لانه عبادة
يفسد اولها بفساد اخرها فاشبه الصوم والصلاة ولانه لو احصر وتحلل ثم زال
الحصر واراد البنا لا يجوز فاذا لم يجز البنا على فعل نفسه فاولى ان لا يجوز البنا
ما ذكر في جميع افعال الحج فيجري في بعضها كتفرقة الزكاة وقد خص صاحب التهذيب هذا بما اذا
كان قبل التحللين اما اذا مات بعد التحللين فلا يجري اذ لا حرمة الله لا جبر ما
بقي من الاعمال بالدم واوهم بعضهم باجرا الخلاف ثم على قول البنا ان مات الاجير وقد
بقي وقت الاحرام بالحج احرم النائب ووقف بعرفة ان لم يكن الاول قد وقف ولا يقف ان
كان قد وقف ويأتي بباقي الاعمال وان لم يبق فيحرم احرام النائب وراء الميقات فانه مبني على

الاحرام

الاحرام الاول وان فات وقت الاحرام بالحج فيم يحرم النائب فيه وجهان احدهما وبه قال ابو
اسحاق بالعمرة لفوات الاحرام بالحج ثم يطوف ويسعى فيجزيانه عن طواف الحج وسعيه ولا يبيت
ولا يرمي لانهما ليسا من اعمال العمرة لكنهما يجبران بالدم والثاني وهو الاصح انه يحرم بالحج
ويأتي ببقية الاعمال والممنوع ابتداء الاحرام بالحج في غير اشهره وهذا بنا وعلى هذا اذا
مات بين التحللين احرم النائب احراما لا يحرم اللبس والقلم وانما يحرم النسا
وقد نسب الامام الوجه الاول المحكي عن ابي اسحاق الى العراقيين ومقابله الى المراوزة
والموجود في كتبهم تصحيح الوجه الثاني مع ذكر الاول وهذا الذي ذكرناه مدلول فيما
اذا حج الانسان عن نفسه ثم مات في اثناء الحج هل يجوز البنا عليه وشبه الخلاف في
جواز البنا بالخلاف في جواز البنا على الاذان والخطبة وجواز الاستخلاف وان اختلف
الاظهر منهم اما اذا وقع العقد على حج في الذمة لم تنفسخ الاجارة بموت الاجير بل يستاجر
من تركته من يحج عنه ان كان وقت الوقوف باقيا وان لم يكن فانما يثبت للمستاجر الخيار
فاستدرك مسئلة قول الشيخ استحق بقدر ما عمل هل يكون المستحق من المسمى
او من اجرة المثل لم يصرح احد بذلك فيما وقفت عليه والذي يقتضيه القياس ان يخرج على
الطريقين السابقين في ان التسمية المستقبل هل ينعطف على الماضي ام لا فان قلنا ينعطف
فله اجرة المثل والا فالقسط من المسمى ثم التوزيع يكون على الاعمال وحدها ام على
الاعمال مع السير فيه طريقان قال الاكثرون هو على قولين احدهما انها تقسط على
الاعمال وحدها لانها المقصود وهذا ما يفهم من كلام الشيخ وقال ابن سريج انه
الصحيح والظاهر في الرافعي انها تقسط على العمل والسير جميعا لان للوسائل حكم
المقاصد اذا وقعت تبعا ولعل لاجرة السير اثر فيبعد ان لا يقابل بشيء مع قوة
حمل بعض المقصود وقال ابن سريج اذا قال استاجرتك لتحج عني فالتقسيط على الاعمال
وحدها وان قال لتحج عني من بلد كذا فالتقسيط على السير والعمل جميعا وحمل القولين على هذين
الحالين فرع لو احصر الاجير في هذه الحالة قبل التحلل واذا تحلل فعمن يقع ما
اتى به فيه وجهان اصحهما عن المستاجر وهو ما حكاه الشيخ ابو حامد كما لو مات
اذ لم يوجد من الاجير تقصير فعلى هذا الحكم كما تقدم وثم الاحصار على المستاجر
والثاني عن الاجير وهو ما حكاه القاضي ابو الطيب كما لو افسده لانه لم يحصل غرضه

فعليه هدا دم الاحصار على الاحير وان لم يتحلل واقام على الاحرام حتى فاته الحج انقلب
اليه ثاني صور الافساد ثم يتحلل بعمل عمرة وعليه دم الفوات ولو حصل الفوات بسبب
نوم او تاخر عن القافلة ونحو ذلك غير الاحصار انفسخ الحج الى الاحير كما في الافساد ولا
شي للاحير اصحابنا ما جرى في هذا الخلاف المذكور في المعرفة قال وان هرب الجمال
المكري والعقد على منفعته مثل ان استاجر ليحط له او هذا الثوب ثبت للمستاجر الخيار
لتضرره بفوات بعض المعقود عليه في حالة وتاخيره في اخرى قال وان كان على عمل مدة
اي ولم يفسخ انفسخ بمضي المدة حالا اي على المدة لحظة انفسخ فيها ويحفظ بحصته
الدام ووجه ذلك ان المنافع تتلف بمضي الزمان وقد تلف ذا القصد منه فلهذا اجل يفسخ فيها
وقيل يفسخ في الثاني لنه قول ابي حنيفة والصحيح الاول قال السديحي فعلى هذا الوجه
واجاب المستاجر الحقد اجار بالحصة قال وان كان على عمل اي كخياطة ثوب او
بناء حائط لم ينفسخ لا مكان استيفاء المعقود عليه بعد مدة فاذا قدر عليه طالبه به لعقد
على القيام بالعمل المعقود عليه ونستحق ان الحج في هذه الصورة الوجه الذي اجاب الامام
وهو على المراد فما اذا لم يسلم العين حتى مضت مدة يمكن العمل فيها يحتسب ام
ادلا ... فيها واعلم ان الموجود في بعض النسخ وان هرب المكري والعقد
على منفعته ولهذا احتاج ان ان مع قوله والعقد على منفعته ويعني ما يستوفي
منه المنفعة والا يحج ذهب المكري مع وجود ما يستوفي منه المنفعة لا يثبت خيار ولا
عين وحينئذ ... قد احترز بقوله والعقد على منفعته عما اذا ورد العقد على الذمة
وسياتي حكمه في الباب قال وان هرب الجمال وترك الجمال مع ما فضل اي عن
حق المكري وانفق عليها لانه قد قدر على اتمام ما عقد عليه من ماله فعليه ... ولا استوفى منه
الحاصل احرى ... ما اصرح به الماوردي بان اجرا مها واجب على المؤجر لطعمتها وسقيها وكلف
الموارد وغيره ولا يجوز بيع جميع الجمال حسنه اي اما كل منها ادا اي ذلك معطله ... ما
اذا لم يكن متاجرا والفرق انه هنا تعلق حق المكري باعيان الجمال فليس لاحد تفويت منفعته التابع
علاقه وانعلى ... هذا الفرق ضعيف فان البيع لا يفوت عليه منفعته فان البيع لا يفسخ الاجارة
قال فان لم يكن فيها فضل اقترض عليه اي من بيت المال او من المستاجر او من غير انيها
الامعان ليه والبائع والمقترض هو الحاكم لانه الناظر في اموال الغائبين وله ان يدفع

ما

ما استقرضه للمستاجر فينفقه عليها ان وثق به سواء كان القرض منه او من غيره فليحضر به في المهذب
وعلى القاضي ابو الطيب الفوراني الاسلامي في هذه الصورة وقال اذا لم يجوز فوقعه المرتان
ثم انفق بغير حكم حاكم وذلك موافق لما سياتي في اذن الحاكم للملتقط في ان ينفق على اللقيط من ماله — اذنه
حال الحوام لا ... المشهور هنا كما في المهذب حتى ادعى الرافعي في باب اللقطة انه لم يرد سواه والا
الخلاف نجري فان لم يثق به دفعه الى امين ليبقه ثم اذا استهلت ملك الاحمال ولم يحضر الاجير
باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقترضه ويحفظ باقيها وان راي بيع جميعها فلا ... بعضها
فعلها قال وان امر الحاكم المستاجر ان ينفق عليها قرضا في اصح القولين لانه
موضع ضرورة اذ قد لا يجد الحاكم غيره ولهذا ابو الحسن ... المتنافي في ان للقاضي ان ياذن
للملتقط ان ينفق على اللقيط من مال نفسه ليرجع على ابيه قال وتقيد قوله في النفقة بالمعروف
اي ان ... الحمال لما انفق الا انه امين في قدر النفقة ... في تقدير النفقة في هذه الحالة
اوجه لاصحابنا ... الامام ... ان القول قول المنفق وهو الاصح في البحر
والثاني ان القول قول الجمال لانه غارم والثالث انه يرجع فيه الى عرف الناس وعادتهم فلذا
ذلك قبل احدهم ... سواء ... قول المنفق او الجمال ... وهذا ... في
قاله وان خالف قياس الاصول الوهيبة لاهل المذهب فقد ترك القياس اذا استحسن لما يكون
على الناس والقول الثاني انه لا يجوز لانه يؤدي الى ان يكون ...
على غيره ... وهذا ... ان القاضي ...
في ... على ... من مال نفسه ليرجع على صاحبها ... الى ... الامين ...
انه كل يوم قدر الحاجة ... باب اللقيط والذي ...
على الحاكم الاشهاد على المستاجر وعن ... اي لم ...
ولا يخرج على الخلاف في بيع المستاجر لانه محل ضرورة ... بيد المستاجر الى ...
ذكر الرافعي عن ... قال وان لم يكن حاكم وانفق واشهد اي وشرط الرجوع رجع
لانه حق ... عن الحقوقه ان يتصل صاحبه اليه ... لا يجوز للغاصب — للضرورة
الذي المنوع ان يتصل الى احد من مال من هو عليه جهرا او سرا علم او غير علم وهذا هو
الصحيح ... القاضي الحسين وقيل لا يرجع لانه ... لنفسه ...
وكالا رجع مستودع الدابة لم يرجع وان نواه ... القاضي الحسين ... ان ...

الا انها ... علوفتها وان انفق ونوى
شرط ان ... الرجوع

في بينه الرجوع فالقول قول المنفق وهذا الكلام قد يفهم ان الخلاف جار فيما اذا ترك الاشهاد
مع القدرة عليه وبدونها فانه الرافعي وصله في مسله المساقاه والمصرح به في كتب المذهب
ان محلها اذا لم يقدر على الاشهاد اما اذا قدر فلم يفعله فلا رجوع وجها واحدا صرح به المحلي وعزاه الى
معظم الاصحاب الكلام في هذه المسله على ما ذكروه في كتاب المساقاه والحطاب منه وقد الحق الامام
عدم القدرة على اثبات الواقعه عند الحاكم او عسرها بحالة عدم الحاكم واذا قلنا يرجع عند عدم
الحاكم فاختلف الجمال والمنفق في قدر النفقه فقال الرافعي القول قول الجمال لان ايعان المكترى
واستند الى اسمان من جهة الحاكم ومنه احتمال للامام وجهه ان الشرع سلطه عليه وهذا ما
يجوا على الرجوع في حالة عدم الاشهاد واما اذا اعسر بالاشهاد فالمنه يقطع الخصومه وقد قال المحلي في
كتاب اللقطه انه يحتاط له ان يسهد في كل وجهه قلت وان مات احد المتعاقدين والعين المستاجره
باقيه لم يبطل العقد لانه عقد معاوضه على ما يقبل النقل فلم يبطل بموتهما كالبيع ولم يفسخ
لعذر المعاقدين كالبيع قال وان هلكت العين المستاجره في يد الاجير من غير عدوان لم يضمن لانها عين قبضها
ليستوفي منها ما ملك فلم يضمنها بالقبض كالنخله اذا اشترى ثمرتها ... اذا اشترى شيئا في
سفينة حيث يكون مضمونه في يده على اصح الوجهين تعلق القاضي الحسين وعمره لانه اخذها لمنفعة نفسه ولا
ضرورة في قبض الشيء فيها والرجوع في العدوان الى العرف فلو ربط الدابه في الاصطبل وماتت فلا ضمان
ولو انهدم عليها فحكى الطلق العراقي القول حكاية عن الاصحاب بوجوب الضمان وقال عندي يتطرق الى كان
انهدامه في وقت يعهد ان يكون الدابه فيه تحت السقف كجنح الليل او لسقوط المطر فشهد بد
الليل ... فلا ضمان وان كان في وقت لا يعهد ذلك فيه ضمن لان التلف والحاله هذه حاصل من ربطها
في الاصطبل او ضرب الدابه او لجمها باللجام او رفضها برجله وان فعل من ذلك ما جرت به العاده
فلا شيء عليه وان تعداه ضمن ويخالف المؤدب اذا ضرب الصغير فمات والزوج زوجته فانه حيث
يضمن بكل حال لان الادمي يمكن تأديبه بغير الضرب بخلاف الحيوان ونقل الامام عن العراقيين
في كتاب الرهن ما يقتضي ان العله في ضمان الزوجه امر اخر وامر لم يجب لانهم قالوا لو قال السيد
اضرب عبدي فضربه واتى الضرب عليه فلا ضمان بخلاف الزوج وان كان مأذونا من جهة الشرع
في الضرب وفرقوا بان الاذن في ضرب الزوجه مقيد بتوقي القتل والاتيان عليها والاذن في
مسلة العبد لا تقييد فيه قال وكانهم راوا الامر بالضرب يحسنه بالعادة ما يلح وهذا يحتمل
عندي فان الضرب يخالف القتل والامر به اراه متعرضا لما يفضي اليه ومن قبل انه لا يتعال

صونه ولو قال اضرب عبدي فلا حرج ان يتكلم في انه لو فعله ضمنه فان الحارث مصحح
ما يقتل المؤدب فرع اذا غصبت الدابه المستاجرة مع دواب سائر الرفقه فذهب
بعضهم في الطلب ولم يذهب المستاجر ابني ذلك على انه هل يلزمه الرد عند انقضاء المده
ام لا فان قلنا لا يلزمه الرد لم يضمن وان قلنا يلزمه فان استرد من ذهبت دابته من غير مشقه
ولا غرامه ضمن المستاجر المتخلف وان لحقته غرامه ومشقه فلا ضمان لذا ذكره العبادي
في الزيادات قال وان انقضت الاجاره لزم المستاجر رد العين وعليه مؤنة الرد
لانه اذن له في امساكها لاستيفاء المنفعه من غير استحقاق ولا ايداع فاذا انقضت المده وجب
عليه الرد ومؤنته كالمستعير وهذا ظاهر كلام الشافعي وبه قال الاصطخري وقال ابو اسحق
انه المذهب وهو الذي حكاه العلمي عن العراقيين وقيل لا يجب ذلك على المؤجر لانها امانه في يده فهي
كالوديعه واستغنى الشيخ بحمل مؤنة الرد على المؤجر على هذا القول بان المستاجر لا يجب عليه الرد
بل التخليه فان المؤنه فرع له لوجوب الرد وهذا ما حكاه القاضي الحسين والامام عن المراوزه واختاره
القفال وقاله القاضي الحسين والعراقي وقال الماوردي انه مذهب الشافعي ولا وجه لمن خرج من اصحابنا في
الاجاره من الرهن وجها اخر ان الرد واجب على المستاجر لان الراهن طلب فيه نفع المرتهن فجاز ان
يكون وجوب رده عليه وحاصل في الاجاره سواء فاختص بها المالك والمكلف وخص القاضي ابو
الطيب محل الخلاف بما اذا لم يشترط على المستاجر الرد اما اذا شرطه وجب بلا خلاف ومنعه
ابن الصباغ وقال من لا يوجب الرد عليه ينبغي ان لا يجوز شرطه وهذا ما نقصه كلام القاضي حسين
فانه حكى ان صاحب التهذيب فرع على القول اذا اشترط الاجر على المستاجر ان يرد الدابه الى بلد الاجر
لزمه الرد وان بطل العقد وكان المالك معه رد عليه اذا بلغ الموضع الذي اكرى اليه والا فعليه
ان يرده الى بلده قال وهذا عندي غلط ولا يلزمه الرد الى بلد الكرى بل اذا بلغ الموضع المقصود
فهو ما انه احتمل في يده مسله الحاكم يودعه امينا وعلى هذا المذهب اذا شرط الرد بطل
العقد لانه خلاف مقتضاه لكنه لو خرج لاصحابنا على الخلاف المذكور في الكتاب فيما يبيع
مسلتان احداهما اذا امسك العين المستاجره بعد انقضاء المده فهل يضمنها على الاول يضمن
وعلى الثاني لا الا ان طالبه المالك بالرد فمنعه منها فيضمن وعلى هذه الحالة حمل جماعة النص
الثانية وجوب الاجره على الاول يجب وان لم يستعملها وعلى الثاني قال الماوردي ومحل
الخلاف في هذه والتي قبلها اذا لم يكن عذر اما اذا كان ثم عذر مانع من الرد فلا ضمان ولا اجره

وكذا قاله في المهذب ويلتحق بذلك ما اذا اردها فتلفت في الطريق كما صرح به ابن يحيى وابن الصباغ
وفي كلام الامام ما يقتضي خلافه فانه قال في بعض وجه الضمان وبعد كل العدوان بعد انقضت
المدة ولم المستاجر بالرد فتلفت العين بلا تعد ولا تقصير لم يجب عليه الضمان ومن وجهه طرد القول في
اثبات الضمان والحق العين بعد مدة الاجارة بالمستعار والماخوذ على السوم ولا نزاع في ان المستاجر اذا
ابعر العين للاجر ولم يقبلها انها تصير في حكم الوديعة الا ان يستعملها ولو عرض الرد عليه بعد الطلب
ومن الاجر سيئا العين به عارية بضمنها بالقيمة ولا يضمنها بالاجر صرح به الماوردي فرع
اذا استاجر فدرا ليطبخ فيها ثم حملها بعد المدة على حمار ليردها فسقط انكار واكسر القدر قال
العبادي في الزيادات ان كان لا يستقل بحملها الرجل فلا ضمان والا فعليه الضمان لان العادة ان القدر
لا ترد بالحمار مع استقلال الادمي قال وانا احلف في الرد فالقول قول المؤجر لان الاصل
عدم الرد وقد قبض العين لغرض نفسه فكان كالمستعير وهل القول قول المستاجر ولا تعلم
الكلام في ذلك وما قيل من الفرق بينه وبين الوكيل يحيل في مواضع منها كتاب الرهن قال
وان هلكت العين التي استوجر على العمل فيها في يد الاجير اي من غير تفريط فان كان العمل في ملك المستاجر
او في غير ملكه والمستاجر مشاهد له لم يضمن لان المال غير مسلم اليه في الحقيقة وانما استعان المالك
به في شغله كما يستعين بالوكيل والعبد وهذا ما نص عليه في الاملاء وعن ابي سعيد الاصطخري وابي
علي الطبري حكاية القولين الاتيين في هذه الحالة ايضا قال وان كان في غير ملك المستاجر
بغيبة فقولان اصحهما انه لا يضمن لانه قبض العين لمنفعة المالك فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستاجرة
مثال القراض والرهن وهذا ما اختاره المزني والقول الثاني انه يضمن لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما
اخذت حتى تؤديه ولانه اخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فاشبه المستعير والمستاجر ولان
الاجير يرجع اليه فوجب ان يكون الضمان عليه لا الواجر ولانه فلقت تحت يد مستاجر كما لو هلك اعد
في الضمان حكم المستعير والمستام حتى يجب عليه العين باقصى القيمة من القبض الى يوم التلف ومن قال بضمن
ضمان الغصب وهو اختيار ابي حامد كما حكاه في البحر ولا شك في ضمان الخ وهذه الطريقة هي الصحيحة
وعليها يدل قول الشافعي في المختصر والاجير اعلم سواء ملك في ايديهم لانهم من عمل جماعتهم فعينه واحد من
قولين احدهما الضمان لانه اخذ الاجرة والقول الاخر لا ضمان الا بالعدوان ومن الاصحاب من قطع
بالقول الاول لما حكي عن الربيع انه قال الشافعي يرى ان الاجير لا يضمن غير انه كان لا يبوح
به مخافة اجراء السوء وان القاضي يقضي بعلمه غير انه كان لا يبوح به مخافة قضاة السوء وروى

الحارث

الحارث ان الشافعي سلم ثوبا بامر بيعه الى قصار فاحرق دكان القصار واحترقت
الثياب فتشفع القصار اليه يقوم في الصبر عليه الى اجل فقال له لا اضمنه شيئا لا يصح عندي
ان الصانع يلزمه الضمان هذا حكاه في البحر والقائل بهذا الطريق حمل قوله في المختصر بعينه واحد
من قولين على ان فيه من يفصل بين ان يلحق التلف به بفعله من غير تعد وبين ان يتلف بافة سماوية
وهو ابو حنيفة فانه لا يوجب الضمان مطلقا او يوجبه مطلقا وقد استدل المزني على ما اختاره بانه
استاجرها قال وقطع الشافعي بانه لا ضمان على الحجام يامره الرجل ان يحجمه او يختن غلامه او يبيطر
دابته والثاني قال ما علمت احدا يضمن الراعي المنفرد بالرعي والثالث قال الشافعي لو اكترى رجلا
يحفظ متاعه في دكانه فاحترق المتاع لا ضمان عليه فاذا القواعد هو لا الضمان لم يضمن القاصر
الصانع بمعنى ان الاجير المستنزل وقد وافقه العراقي في مسئلة الراعي وادعى الاجماع فيها ونسب
الاصحاب قالوا ان الحاوي والشامل وتعليق ابي الطيب وغيرها صرحوا بان الامر فيها كما ذكره
والمنفرد حكى العراقي هو مذهب غيره حرفا بحرف حتى جعل ان الصانع اذا دفع للراعي بالرعي سواء بمنزلة
دفعه في ملكه فلا يضمن وان لم يكن يشاهده فرع اذا ضاع حلي الطفل في يد المرضعة فلا يضمنه
قال الماوردي ان قيل بان الاجارة تتناول اللبن فلا يبنى ذلك على ان العرض بالرضاع والحضانة يتبع او على
الحضانة والرضاع تبع فعلى الاول الضمان وعلى الثاني لا ضمان ان كانت منفردة ويضمن في احد القولين
ان كانت مشتركة واعلم ان الظاهر في كلام الشيخ يقتضي اجراء الخلاف في الاجير المشترك والمنفرد
وهو ظاهر النص في المختصر بل كلاهما المشترك والمنفرد لا يفرد عن الجمهور ويطلق عليه
الاسم وقد صرح بذلك صاحب الايضاح والقاضي في التعليق وصححه الروياني في البحر وغيره
وقد روى عن ابن ابي احمد وابي الحسين القطان والقفال ان الاجير المشترك المنفرد لا
يضمن قولا واحدا وانما الخلاف في المشترك والاجير المشترك على الصحيح عند الروياني
وغيره هو الذي يعمل العمل في دكانه كما هو داب الخياطين والقصارين والحلاقين ونحو
ذلك فاذا التزم لواحد امكنه ان يلتزم لغيره مثل ذلك العمل فكان مشتركا
بين الناس والمنفرد هو الذي اجر نفسه مدة معينة للعمل ولا يمكنه تقبل مثل ذلك
العمل لغيره في تلك المدة وعبر القاضي الحسين عن هذا بان المشترك هو الذي لا
يستحق الاجرة الا بالعمل والمنفرد هو الذي يستحقها بالعمل ومضي المدة وقيل المشترك
هو الذي يشارك في الرأي فيقال له اعمل في اي موضع شئت والمنفرد هو الذي عين

عليه العمل وموضعه وقيل المشترك هو الذي لا يستحق عليه وقت العمل سواء ورد على عينه
أو ذمته فإن له أن يؤخر العمل عن وقت العقد من غير فرق وإن ورد على عينه فعمل العين والمنفرد
هو الذي يستحق عليه وقت العمل فلا يعمل غير العمل المعين فيه قال المحلي وهذا يقع بشيئين أحدهما أن يقع
العقد على مدة معلومة والثاني أن يرد على عين الأجير فإن قيل إذا لم يستحق الوقت عليه فالظاهر أن يتعين
العمل عقب العقد في مطلق الإجارة فيصير مشابها للمستحق فهل يتبين فرق قلنا إن المستحق ينفسخ
الإجارة بمضي المدة من غير عمل فيها وهنا لو مضت مدة يمكن العمل فيها ولم يعمل لم ينفسخ العقد قد يتصور
إلى ورثتي المنفرد بالذي يعمل في ملك المستأجر أو في غير ملكه والمستأجر مشاهد له أو حاضر
وإن كان الأجير يعمل في حانوت نفسه لمستأجر واحد أو لكل الناس وهو مستأجر عامل في ملكه فهل يلحق
بالأجير المنفرد أو المشترك فالذي صار إليه أبو إسحاق وهو مذهب المصريين الأول والذي صار إليه
أبو علي بن أبي هريرة والبغداديين الثاني قال ويستحق الأجرة لما عمل في ملك المستأجر أي أو بحضرته
أي إن هلك لا بالعين فإذا تحت يده إما للعمل مسلمه له أو لا والفرق في ذلك بين أن يتعين العمل
فيها ويقول إنها عين أو أثر قال ولا يستحق لما عمل في غير ملكه أي ولا بحضرته إذا تلف لأنه على
الصحيح في يده لم يمتنع لأنه لم يسلمها تكليفا مشابه المبيع إذا تلف قبل القبض وهذه طريقة العراقيين
القاضي الحسين لأنه إذا كان الصنعة قصارة مبني على أنها كالعين كما ذكرنا في باب الفلس أنه الصحيح وقال إذا
قلنا إنها أثر استحق الأجير الأجرة لما عمل قال في البحر وهذا الأصح لأن القصارة وإن كانت أثرا فلا بد
أن يصل إلى صاحبه ومنه الأمر من عين الأجرة وتستقر عليه العمل فلا وجه لهذا القول وما قاله
مصالح أما إذا قلنا إن الأجير يعمل فقد أطلق في المهذب استحقاق الأجرة وهو ما حكاه الغزالي
عن العراقيين لأنه يقوم عليه معمولا فيصير مانعه مسلما للعمل فيستحق الأجرة وأطلق الماوردي
القول بأنه لا يستحق وقال القاضي الحسين إن قلنا إن الصنعة أثر استحق الأجرة وإن قلنا إنها
كالعين فالمالك يغرمه قيمة الثوب غير مقصور وقال العراقي الصحيح عدم الاستحقاق فإنه لا يماثل
وعلى الخلاف المذكور في القصارة ونحوها عين أم أثر يتبين حق الحبس كما صرح به في المهذب
وغيره فإن قلنا إنها عين كان له حق الحبس وإلا فلا وعن أبي يعقوب الأبيوردي أن الصنعة
إن لم يكن أثرا فإنما لم يكن له الحبس هو لا واحدا وإن كان له عين مالية فيه كالصبغ ونحوه جرى الخلاف
فيه فرع ذكرها القاضي الحسين إذا أتلف أجنبي العين التي عمل الأجير استحق الأجير الأجرة
على المستأجر إن قلنا إنها أثر ورجع صاحب الثوب على المتلف بقيمته مقصورا وإن قلنا إنها كالعين

ابني

ابني ذلك على أن الأجير إذا أتلف المبيع قبل القبض هل ينفسخ العقد أو يثبت الخيار فإن قلنا
ينفسخ انفسخت الإجارة هنا ورجع الأجير على المتلف بالأجرة ورجع المالك عليه بقيمة الثوب غير
مقصور وإن قلنا لا ينفسخ ويثبت الخيار وهذا الحكم في مسلمنا فإن فسخ فالحكم كما تقدم وإن أجاز
العقد غرم الأجير الأجرة ورجع على المتلف بقيمة الثوب ولو أتلف صاحب الثوب تقرر عليه الأجرة
ولو أتلف الأجير الثوب بنى على أن جنايته البائع كالآفة السماوية أو كإتلاف الأجنبي فإن جعلناها
كالآفة السماوية غرم للمالك قيمة الثوب مقصورا إن قلنا الصنعة أثر واستحق الأجرة وإن قلنا كالعين
لم يستحق الأجرة واستحق قيمته غير مقصور وإن جعلنا جنايته كالأجنبي فله قيمة العين ثم إن
قلنا القصارة أثر غرمه قيمته مقصورا وإن قلنا إنها كالعين فللمالك الخيار على الأصح وحكى في البحر عن
بعض أصحابنا بمعنى أنا إذا قلنا إنها كالآفة السماوية فلا أجرة للقصار وإن قلنا إن القصارة أثر
قال وإن اختلف المستأجر والأجير المشترك في رد العين مع قولنا إنه غير ضامن فالقول
قول المستأجر وقيل القول قول الأجير ونحوه يتعمم في الوكيل بجعل أما إذا قلنا إنه ضامن فالقول
قول المستأجر قولا واحدا للغير قال وإن باع المكري العين من المكتري جاز لأنه في يده من غير حائل
فهو كبيع المغصوب من الغاصب ولأن الملك في الرقبة حاصل له وعقد الإجارة إنما ورد على المنفعة فلا
يمنع من بيع الرقبة كما أن تزويج الأمة لا يمنع من بيعها وهذا ما شاد في الوسيط الخلاف في صحة البيع
يقول والظاهر الصحة ذكر بعضهم أنه لم يحكه في النهاية بل جعلهما على الخلاف في المسألة قبله
لأن الحديث المشهور وبعضهم قال إنه مصرح به في المحيط وكان يتخرج من أصولنا في المذهب صحيحا
قال ولم ينفسخ الإجارة بل يستوفي ما بقي بحكم العقد لأن الملك لا ينافيها فهذا استأجر ملكه من
المستأجر وهذا هو الأصح ولم يورد المحاملي سواه وحكي عن ابن الحداد وغيره أن الإجارة ينفسخ وهو محكي في
الحاوي في باب الصلح لأنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه بعد الرقبة وإذا كان كذلك ومملوكه
لم يعقد عقد الإجارة عليها كما أنه لو كان ملكا في الابتداء لم يصح عقد الاستئجار وشبه بما إذا ملك
أمة لعقد إنسان وكما لو تزوج أمة ثم اشتراها انفسخ النكاح والقائلون بالأول قالوا
إنما ينتقل إلى المشتري ما كان للبائع والبائع لا يملك المنفعة فلم ينتقل إلى
المشتري بخلاف النكاح فإن السيد مالك لمنفعة بضع الأمة المزوجة بدليل أنها لو
وطئت بشبهة كان المهر له لا للزوج فإذا باع انتقلت منافع البضع إلى المشتري فاجتمع
سببان فيقدم أقواهما وهو الملك فانفسخ النكاح إن قلنا بالصحيح فعليه فرعان أحدهما

لو تلفت المنافع قبل انقضا مدة الاجارة انفسخت الاجارة ورجع على الاجير بحصة ما بقي من
المدة وفي انفساخها في الماضي الطريقان السابقان الثاني لو انفسخ البيع قبل تمام المدة كان
للمستاجر ان يستوفي المنفعة الى انقضا المدة وان قلنا بمذهب ابن الحداد فعلى هذا وجهان احدهما ان
المستاجر هل يرجع على الاجير بحصة بقية المدة او لا وفيه وجهان احدهما لا وبه قال ابن الحداد لان
المنافع قائمة في يده وايضا فانه لو اشترى زوجته لا يسقط المهر واصحهما في الرافعي انه يرجع لان
الاجرة انما تستقر بسلامة المنفعة للمستاجر على موجب الاجارة ولم تسلم وتخالف المهر فان استقراره
لا يتوقف على سلامة المنفعة للزوج بدليل استقراره بالموت الثالث العوض بقية مدة الاجارة هل
ترد الى البائع حتى يستوفيها في هذه المدة الباقية من مدة الاجارة ام لا فيه وجهان في النهاية احدهما
انها ترد اليه والثاني وهو الاصح انه لا ترد لان المنافع تحدث على ملك المشتري بعد انفساخ الاجارة
قال الامام وهذا الخلاف يلتفت على ما اذا باع المكري الدار من المكتري ثم تخالفا ثم انفسخت الاجارة بسبب
فالدار ترد للبائع ليستوفي بقية المدة ام تبقى للمشتري ثم هذا الخلاف جار سوا قلنا ان المستاجر يرجع
على البائع بالاجرة ام لا ولا تعلق لاحد الخلافين بالثاني فان سبب الخلاف في ارتداد المنافع للبائع
خفا انفصال المنافع عن استحقاق المشتري وسبب الخلاف في الرجوع بالاجرة وعدمه انتساب
المشتري الى جلب الملك وهو السبب الفاسخ وكان يتجه ان يقول اذا قلنا بارتداد المنافع الى البائع في
بقية المدة استرد المشتري قسطا من الاجرة على وجهين وهذا ليس وراءه تحصيل قلت وعن
القول بانفساخ الاجارة ورجوع منفعة المدة الباقية الى الاجر البائع وعدم رجوع المشتري بما يقابله
من الاجرة يسلك القائل بصحة ما فهمه ابن العراقي من صحة البيع لكون ذلك معتبرا بالبيع فيصير
المنفعة في بقية المدة كالمستثناة ثم اشار الى الكلام الى الطلب الذي [illegible] من تعدد الانفساخ بالبطلان
اذا كان مبطلا للعقد ان الانفساخ بالشرع مثله دليله مع الحاجة وانفساخها اذا كانت حاملا
والله اعلم واعلم ان الخلاف المذكور في انفساخ الاجارة وعدمه يتخرج عليه مسايل منها
اذا اوصى لرجل برقبة دار ولاخر بمنفعتها فاجرها ثم من زيد فالصحيح فيه وجهان ومنها لو مات
المستاجر ووارثه الموجر ففي انفساخ الاجارة الوجهان ومنها اذا اجر دارا من ابيه
ومات الاب في المدة وكان وارثه سواه المستاجر وعليه دين مستغرقة وقلنا ان الدين لا يمنع
الارث كما هو الجديد اما اذا قلنا بالقديم فالاجارة باقية وجها واحدا وقد ادعى الروياني الانفساخ
في هذه الصورة [illegible] المذهب وهو ما جزم به الماوردي وفرق بينه وبين البيع من المستاجر بان الاجارة

فاما مسالة الموجر فلم ينعقد له عقد على نفسه وهو في البيع قد يقوم مقام البائع الا فيما سمي بالعقد
وعلى هذا قال ابن الحداد الاثر عن مصاوب باجرة بعد المدفع الغرما وهذا الخلاف قوله في المشترى
فيهم من يخلف فرض احدهما ان الانفساخ في صورة الشرا حصل باختيار المستاجر وفي الميراث
حصل للمستاجر فلا يسقط حقه الثاني ابطال الاجارة وان انفسخت فلا تخرج المنافع من جهة
وهنا تخرج لان الدار تباع في الديون وابطل الاول بانه لا فرق في سقوط الاجرة بين ان يفوت محل
المنافع بفعله او لا كما اذا انهدمت الدار المستاجرة او هدمها فانه يرجع بالاجرة وابطل الثاني بانا لا
نسلم ان المنافع تبقى للمشتري ثم ان سلمنا ذلك فبقاؤها ليس مقتضى الاجارة بل يحدوثها على ملكه
بسبب ملك الرقبة والملك بجهة الاجارة لا يقتضي استقرار الاجرة وقد حكى في البحر عن القاضي الطبري
فرقا اخر ومعناه ان في مسالة البيع ما فات على المستاجر من الاجرة حتى نقص وما فات من الاجرة
من الثمن بسبب كونها مستاجرة حرية الاجرة فلو اوجبنا في هذه الحالة الاجرة لاضررنا بالبائع
وفي مسالة الارث لم يفت على المشتري بسبب الاجارة شيء فعلى الاجرة جابر له ولا حصل للمستاجر شيء
بعد الاجرة في مقابلته فلو لم توجب له الاجرة لاضررنا به وكان ابن الحداد يراعي في الصورتين
قال الروياني وهذا فيه نظر لانه يودي الى جهالة الثمن وهي تبطل البيع وهما قاله نظر ومن تمام هذه المسلم
ان الموجر لو مات عن ولدين احدهما المستاجر وقلنا بمذهب ابن الحداد لا تنفسخ الاجارة الا فيما انتقل
اليه بالارث وهو النصف وله الرجوع بنصف اجرة ما انفسخ العقد فيه فيما ورثه اخوه بعد احاطته
الماوردي قال الرافعي وهو مستبعد عند الايمة لانه يودي الى ان يرث المستاجر نصيبه بمنافعه والاخر
نصيبه مسلوب المنفعة والله اعلم قال وان باع من غيره لم يصح في احد الوجهين اي سوا اذن
المستاجر ام لا كما ذكره المتولي لان يد المستاجر مانعة من التسليم تحق ولكنت اول البيع المعين
بدل الغصب التي يمنع مع النظر وهذا ما يجري على منع ابو علي ويصح في الاخر وتستوفي المستاجر ما بقي بحكم
العقد لان ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالامة المزوجة وهذا هو الصحيح في الحاوي وتعليق
البندنيجي وغيرهما قال الاول هل يلتفت الى احدهما على هذا الخلاف في ان العقد يرد على العين
او المنفعة فان قلنا يرد على العين امتنع وان قلنا يرد على المنفعة فلا قلت لا يمكن لامرين احدهما
ان الخلاف حكاه الماوردي وجعل قولين وما ذكرنا وجهين ولا يمكن تخريج قولين على وجهين الثاني ان الخلاف
المذكور في الاجارة يرد على المنفعة او العين مع الاتفاق بعينه كما ذكره القاضي الحسين في عقد النكاح على المزوجة
ولم يمنع صحة بيع المزوجة اتفاقا ويظهر انه لا يصلح ان يبنى هذا الخلاف لكن الامام حكى عن الايمة انهم بنوا

هذا الخلاف على ما اذا اجر دارا واستثنا منفعتها سنة وفي صحة البيع قولان فان قلنا لا يصح البيع عند الاستثناء صح بيع الدار المكراه والا فلا وهذه طريقة القاضي الحسين وسند غير عبره خلاف فيهما اذا قلنا بصحة البيع فوجد المستاجر عيبا بالمستاجر ففسخ الاجاره فلمن تكون المنفعة فيما بقي من مدة الاجاره فيه وجهان احدهما ان الحداد منهما انها تكون للمشتري والثاني انها للبائع وهذا ما صححه في المهذب وحكى ان القاضي الطبري قال بعد على هذا يجوز ان يبيع عينا ويستثني منفعتها قال ابن الصباغ والروياني وهذا التخريج خلاف مذهب الشافعي والفرق بينهما ما ذكر في باب نحو بيعه وقد بنى المتولي الخلاف في ان منفعة المدة الباقية تعود الى البائع او المشتري على ان الفسخ رفع العقد من اصله او من حينه ان قلنا من الاصل فهي للبائع وقال انها لو تقايلا وقلنا انها عقد فهي للبائع ولذا ان جعلنا انها فسخ على الصحيح وهل هبة العين المستاجرة للمستاجر بيعها وفي رهنها طريقان وعان احدهما اذا اقر الاجر بالعين المستاجرة لغير المستاجر فهل يقبل اقراره في الرقبة فيه قولان احدهما لا كما لو اقر بما باعه لغير المشتري والثاني نعم لانه مالك في الظاهر غير متهم في عقود المسائل قال الرافعي وقد بني الخلاف على ان المكري هل له بيع المستاجر ان قلنا نعم صح اقراره والا فهو على الخلاف في اقرار الراهن واذا قلنا يقبل اقراره ففي بطلان حق المستاجر من المنفعة اوجه اظهرها انه لا يبطل والثاني يبطل كبيع للذمة كالعبد اذا اقر على نفسه بما يقتضي القصاص يقبل ويبطل حق السيد والثالث ان كان المقر به في يد المكتري فلا تزال يده الى انقضاء مدة الاجاره وان كان في يد المقر له فلا ينزع من يده واذا قلنا يبطل حق المكتري فهل له تحليف المكري فيه الخلاف المذكور في ان المرتهن هل يحلف الراهن اذا اقر بالمرهون وقبضه وبالنا في بيع الحديقة المساقى عليها في المدة تشبه بيع المستاجر قال الرافعي ولم ار له ذكرا الا في فتاوى صاحب المهذب ان المالك ان باعها قبل خروج الثمرة لم يصح لان للعامل حقا في ثمارها فكانه استثنى بعض الثمرة وان كان بعد خروج الثمرة يصح البيع في الاشجار ونصيب المالك من الثمار ولا حاجة الى شرط القطع لانها مبيعة مع الاصول ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع قلت وقد ذكرت لمنع البيع قبل ظهورها مثله التعليل في المساقاة وهو ظاهر في بابه والمنقول فيه وقال فيه وان كان اي المستاجر عبدا فاعتقه عتق لان المحلوله لا تمنع العتق دليله صحة عتق المغصوب والآبق ولان الاجارة عقد على منفعة فلم تمنع العتق كالنكاح ولا تنفسخ الاجاره كالنكاح قال ويلزم المولى العبد اقل الامرين من اجرته او نفقته اما وجوب اجرة المثل اذا كانت اقل من النفقة فلانه الجرم قطعت سبب وجوب النفقة وهو الرق وقد فوت السيد عليه منافعه في باقي مدة الاجاره

فصل

فصل مدلها كالو اكرهه على العمل واما وجوب النفقة اذا كانت اقل من اجرة المثل فلان العتق انما يقع على ما هو مملوك للسيد والمنفعة في حال العقد لم تكن مملوكة له فلم يتناولها العتق فامتنع ان يرجع بدلها ووجوب النفقة لانه كالباقي على ملكه بدليل انه يملك منفعته بحق الملك وهذا الوجه على هذا التفسير اريد به وقف عليه مثل الجاحي المذهب وعسر ان العبد هل يستحق على السيد اجرة المثل ام لا فيه قولان القديم نعم والجديد لا فعلى هذا هل يرجع على السيد بنفقته فيه وجهان احدهما انها تجب في بيت المال والثاني وهو الاشبه في الرافعي والمحاملي في المرشد انها تجب على السيد انسبقه لما يقدم من ... الاجاره والنفقة وقد حكى صاحب المهذب وراء ذلك وجهين احدهما ان الاجاره تنفسخ بالعتق والثاني ان العبد يثبت له الخيار في فسخ الاجاره والبقاء عليها كما يثبت للامة اذا عتقت تحت عبد والمذهب الاول وهو الذي اورده الجمهور ومنهم صاحب المهذب وقال ان الحكم في ام الولد اذا اجرها سيدها ثم مات قبل انقضاء المدة كذلك وحكى وجها ان الاجاره تنفسخ بموت سيدها وهو ما اورده في البحر لانه انما ملكه فصارت كالوارث منفعة عبد لشخص مدة حياته ثم مات فاجر الموصى له ثم مات قبل انقضاء مدة الاجاره فانها تنفسخ في الباقي والامام في مثل هذه الصورة يقول يتبين ان الاجر لم يصح في ذلك القدر وحكم المعلق عتقه بصفة اذا اجره ثم وجدت الصفة حكم ام الولد في اذا انفسخت اجارة المعتق بسبب من الاسباب كالمنافع في المدة الباقية لمن تكون قال المتولي ان قلنا للمعتق الرجوع على السيد فالاجرة عادت الى المعتق وان قلنا لا يرجع عليها بها فالمنافع تكون للسيد او للمعتق فيه وجهان فرع اذا اجر عبده ثم مات واعتقه الوارث فالحكم كما تقدم الا في الرجوع على المعتق فانه لا يثبت فرع للاب والوصي اجارة الصبي او ماله كما يجوز بيع ماله وحكى الامام عن رواية صاحب التقريب وجها انه لا يجوز للاب اجارته وعلى الاول يجوز ان يكون بالاجاره مدة يبلغ فيها بالسن فلو اجره ثم بلغ في اثناء المدة فهل تنفسخ الاجاره فيما بقي فيه وجهان احدهما لا لانه تصرف للولي عليه حين كان له التصرف فاشبه ما لو باع له شيئا واشترى شيئا والثاني يبطل لانه عقد على منافع لا يجوز له التصرف فيها لان الولي عليه بعد البلوغ يجوز له التصرف في منافع نفسه وماله دون غيره ومن هذه العلة فهم ان محل الخلاف اذا بلغ رشيدا اما لو بلغ سفيها فلا قال القاضي ابو الطيب بعد حكايته ما حكيته من الخلاف ومن اصحابنا من قال ان اجره مدة يحتمل ان يبلغ الصبي قبل مضيها فان العقد يبطل فيما يبقى بعد البلوغ وهل يبطل في الباقي فيه قولان على تفريق الصفقة وان اجره مدة لا يتفق البلوغ قبل مضيها لانه يبلغ بالاحتلام

فان العقد يثبت صحيحا في جميع المدة لازما كما يقول في السيد اذا اعتق عبدا اجره فان وهذه الطريقة هي الصحيحة عند الروياني في الحليه وحكى الرافعي طريقة اخرى فيما اذا اجره بعد بلوغه في اثنائها بالسن ان العقد باطل في الجميع قولا واحدا فانا اذا اجر الراهن المرهون مده تحل الدين قبل انقضائها وصححها البغوي والذي صححه الامام والمتولي عند البلوغ بالاحتلام الانفساخ وصحح الروياني في الحليه وغيره عدمه ثم اذا قلنا بعدم الانفساخ فهل يثبت له الخيار فيه وجهان في طريق المراوزه اظهرهما لا وقد جعل الامام الخلاف في انفساخ العقد اذا اورد على ماله مرتبا على الخلاف في انفساخه اذا اورد على نفسه واولى بعدم الانفساخ والخلاف في ثبوت الخيار في هذه الصوره مرتب على الخلاف في التي قبلها واولى بان لا يثبت لدخوله في اجر الناب ولو اجر الولي مال المحفوف فافاق في اثنا المدة فهو في معنى البلوغ بالاحتلام قال وان اجر العبد قبل انقضا المده من عقد المستاجر لم يجز صوره المسئله ان يوجر داره مثلا شهرا ثم يوجرها من اجر الشهر الذي يليه فلا يصح من الثاني لامرين احدهما انه اجر مالا يقدر على تسليمه فشابه اجارة الابق والثاني ان امتنا ايصال الشروع في الاستيفا بالعقد لم يوجد قال وان اجرها من المستاجر جاز في اظهر القولين قال الشيخ وهو المنصوص لان الدار في يد المستاجر والمنفعه تقع مستوفيه بملكه فصار القبض معجلا كما لو اجرها منه ابتدا الشهرين وقد صار الى ترجيح هذا القول صاحب التهذيب وغيره والقول الثاني انه لا يجوز كما لا يجوز ان يوجرها من غيره وهو الذي صححه في الوسيط وقال الروياني في البحر والشيخ يحيى انه الاقيس وان نظر المسئله ما اذا باع الثمر هل يبدو الصلاح لم يجز الا بشرط القطع وهل يجوز ان يبيعها منه وجهان وقد احتج الغزالي للقول الثاني بان العقد الاول قد ينفسخ فلا يحصل شرط القطع الثاني وهو الاتصال بالاول وللناصر الاول ان يقول يشترط رعاية الاتصال ظاهرا وذلك لا يقدح فيه الانفساخ العارض الا ترى انه يجوز السلم عندنا في المعدوم في الحال الموجود لدى المحل وان كان المسلم فيه قد ينقطع عند المحل في المسلم اليه منقطع فلا يجوز شرط العقد ولا يجوز ان يوجر الشهر الثاني من المستاجر ثم ان المستاجر ثم اجرها فوجهان في التهذيب وعن فتاوى القفال انه يجوز لانه الذي عقد معه الى ما يستحق العقد الاول الشهر الذي يليه ولا يجوز ان يوجرها من المستاجر ولو اجر دارا منهم فاجرها جوزناه قال المتولي ان يوجر السنه القابله من الذي وردت ايه الى الوارث حل يمكن منه اذا مات مورثه الموجر فيه وجه يجوز ان يوجر الحول

من

من ادمي وغيره شهرا في النهار دون الليل بخلاف غيره لما في ادامة استعمال الحيوان من الاضرار به بخلاف غيره في اوقات الصلوات من الزمان مستثناه وكذا سننها الراتبه واوقات الطهاره ولا ينتقص شي من الاجره والافق بين صلاة الجمعه وغيرها وعن ابن سريج كما حكاه الرافعي انه اذا اجر الكتابي انه يجوز له ترك الجمعه بهذا السبب والسبوت في استيجار اليهود تقع مستثناه اذا اطرد عرفهم به كما ذكره الغزالي في فتاويه قال وان اكتري من الاكار وفي الارض زرع فان كان مفروطا من المستاجر اي ان زرع مالا يستحصد في تلك المده او اخر الحصاد فحكمه حكم الغاصب وتسويه الارض تعديه كالغاصب وهذا لفظه في التهذيب قال مخارتر هم في احد المسلك ان احب المالك تركه بمثله قال في التتمه ولا يجوز اجبار المالك على القلع قبل انتهاء المده لم ينفعه الارض لانه ملكه وليس له منعه من زرعه مالا يدرك في تلك المده ابتدا فان المسيح التسبب ويحمل ان لا يجبر ان عدم لا يلزم الا زرع ما ذكرناه عن التتمه لمعنى المنع قال وان لم يكن مفرطا منه اي بان يكون لتاخر المطر او الحرثه او لكثرة البرد او للحوت الجراد الكل من الزرع قلت بابه وتاخر الادراك قال بعد فليجوز اجباره لانه مفرط منزل الاستظهار في مده الاجاره وهل لا يجوز لمن هذه الوقايع ليس من صنعه وهو معذور في منزله المحال على المعو الحاجاج الهماعاد وهذا ما قال المتولي انه المذهب وجزم به الفكي احتج في هذا الحبس على المستاجر اجر المثل لما زاد وهذا فيما اذا استاجره للزراعه والحلو وجوزناه كما هو الصحيح اما اذا عين زرعا ظهر انه ما يستحصد في تلك المده والحكم كما اذا زرع مالا يستحصد لها او ما يستحصد في تلك المده كما اذا استاجر لزراعه حنطه شهرين فان شرط القلع بعد مضي المده جاز لانه لا معنى الا الاصل ثم لو تراضيا على الابقا بعد المده جاز ولو اجره بلا باس وان شرط الابقا فسد العقد للتناقض بينه وبين التاقيت فلو زرع لم يقلع زرعه مجانا لاذن بل يوخذ منه اجر المثل جميع المده فان اطلق ولم يتعرض لقلع ولا ابقا فوجهان اصحهما صحه العقد لانه قد يتجه ان يحصل ما زرع قال الشيخ ابو محمد انه فاسد لان العاده في الزرع الابقا فكان كالمشروط واصحهما عند الرافعي وجزم العاصي انه لا يمكن محض التقصير عليه في منفعه تلك المده بعدما ان توافق عند المده على انه يقلعه مجانا او باجر فذاك وان اراد المالك اجباره على القلع فوجهان اصحهما انه قال ابو اسحاق انه يتمكن منه واشبههما تخرج على القفال انه لا يتمكن منه لان العاده في الزرع الابقا وعلى هذا فاظهر الوجهين ان له اخذ المثل للزياده وفيه وجه الا انه اذا اجر مده لا يدرك فيها الزرع كان معتبرا للزيادة على تلك المده

قال ابو الفرج السرخسي اذا قلنا لا يقلع بعد المدة لزم تصحيح الاذن اذا شرط الابقا بعد المدة
وكانه صرح بمقتضى الاطلاق ولو عين ما يسكن فيه هل يستحصد في تلك المدة ام لا كما اذا استاجر
لزراعة البر خمسة اشهر فانه يمكن ان يستحصد فيها في بعض البلاد وبعض السنين قال انما فرض حكمه
حكم ما ذكرناه فيما اذا علم انه يستحصد اسقاطا للشك واما الغرس فيفرع اذا انقضت مدة
الاجارة للبنا والغراس في البنا والغراس قائم فالحكم فيه كالحكم فيما لو رجع المعير في العارية وقد ذكرناه
ومن فهمه انه لو شرط في الاجارة للبنا والغراس التبقية بعد المدة في الصحة وجهان اصحهما عند
الامام والبغوي الفساد والثاني وهو الذي اجاب به العراقيون او معظمهم وذكر المتولي الصحة
لان الاطلاق يقتضي الابقا فلا يضر شرطه ويصير كمستعير على المذهب ولا يلزمه الاجرة قال
الرافعي وبهذا الكلام يتقيد كلام السرخسي في مسئلة الزرع قال [redacted] وان كانت الاجارة
على عمل في الذمة جاز ان تعقد بلفظ السلم لمساواته السلم في الثبوت في الذمة وصورة ذلك ان
يقول اسلمت اليك هذا الدينار او دينارا في ذمتي في خياطة ثوب من صفته كذا وكذا ومن نوع الخياطة
ان اختلفت الى فارسية ورومية والفارسية بغرزة والرومية بغرزتين او في بنا حائط من موضع
كذا طوله كذا وعرضه كذا وارتفاعه كذا بصفة ما يليق به قال [redacted] وان عقد بلفظ
السلم اعتبر فيه قبض الاجرة في المجلس لانه سلم وان عقد بلفظ الاجارة فقد قيل يعتبر ايضا القبض
اعتبارا بالمعنى فان معناه معنى السلم وهذا هو الصحيح عند العراقيين وابي علي والبغوي وقال
الشيخ ابو حامد وصاحب التهذيب انه المذهب وقيل لا يعتبر اعتبارا باللفظ ونحوها اجارة مجاز ورد هذه القاعدة مطلقة
في مسائل السلم اجاه او اطلق والسر بلفظ السلم والبيع كالخلاف في الهبة بثمن والقرض على الربح
الاجر فيها والمضاربة على ان الربح فيها كله الاصح فيعتبر النظر الى اللفظ اذا كان المعنى بعيدا
وفي بعض النظر الى المعنى اذا كان قريبا وما ذكره الشيخ هو المشهور ومحل الخلاف فيما اذا عقد
بلفظ السلم او بلفظ الاجارة فلا شك انه يوجب احدهما يشترط قبض الاجرة في المجلس والثاني لا
يشترط والقايل به يتبع المعنى لا الاسم والثالث ان كان بلفظ السلم اشترط وان كان بلفظ
الاجارة فلا وعلى كل حال فلا يجوز ان تكون الاجرة في هذه الحالة مؤجلة فان صح به فيكون
بيع دين بدين وفي الحاوي انه ان عقد على ما في الذمة حالا جاز ان تكون الاجرة حالة ومؤجلة وان
عقده على مؤجل كاستئجار بعير في ذمته يركبه الى مكة بعد شهر من وقته لم يجز تاجيل الاجرة
فيه لانه يصير دينا بدين وهل يلزم تعجيل قبضها قبل الافتراق ام لا على وجهين ا

قال

قال [redacted] ولا يستقر الاجر في هذه الاجارة الا بالعمل لان المعقود عليه ما في الذمة فلا يستقر
بدله من غير استيفا كالمسلم فيه وفي الرافعي والوسيط ان الاجارة اذا وردت على الذمة
وسلم دابة بالوصف المشروط فمضت المدة عند المكتري استقرت الاجرة لتعين حقه بالتسليم
وحصول التمكن ويمكن ان يحمل ما قاله الشيخ على ما اذا اعتمد كما اذا اكترى دابة في ذمته
بعينها هذا الى موضع كذا واسلمها ثم سند نفسه عن البحر اي لم يمض بعد ويدل عليه ان
لفظ الغزالي اذا حبس المكتري الدابة التي استاجرها استقرت عليه الاجرة وان لم يستعملها في مدة
المدة في حبسه سوا كانت الاجارة واردة على عين الدابة او على الذمة وفي التتمة انه اذا التزم
في ذمته عملا من الاعمال ثم سلم نفسه اليه ليستعمله وقلنا ان تسليم النفس في الاجارة على منفعة
محضة يحصل بتسليمها او بتسليم عبده ليستعمله اذا اذن لعبده في الترم في ذمته عملا وسلم
نفسه هل يستقر الاجر بمضي مدة يمكن فيها الاتيان بذلك العمل ام لا فيه وجهان [redacted]
والجمع ذلك لمن ملاحظة اجارة من التزم في ذمته مما نسان فيه له فالمقصود ما في الذمة لا
عين اما اذا المحبس على تعيينه فلا يتجه الاستقرار اصلا قال [redacted] ويجوز ان يعقد على عمل
معجل ومؤجل كالسلم وصورة المعجل ان يقول اسلمت اليك في خياطة هذا الثوب حالا ومدة
المؤجل ان يقول ما ذكرناه ويبدل قوله حالا الى شهر مثلا قال [redacted] وان هلكت العين وجبت
اي العين التي سلمها الاجير للمستاجر يستوفي منها ما في ذمته لم ينفسخ الاجارة بل يطالب بالبدل لان
المعقود عليه ما في الذمة وهو باق وليس للمستاجر في هذه الحالة مطالبة الغاصب بالاجرة انما هو من
هذا يطهر ان هذا العيب لا ينسخ له بعيبها ويطالب بدلها من طريق الاولى واعلم ان العين
المسلمة عن هذه الاجارة وان لم ينفسخ العقد بتلفها فانه ينعين فيها هو واختصاص حتى يجوز للاجارة
ولو اراد المكري ابدالها فهل له ذلك فيه وجهان احدهما عند العراقيين المنع ما لم يرض المكتري والثاني
عن الشيخ ابي محمد نعرف من ان يعتمد اللفظ الدابة بان يقول احرتك دابة في ذمتي من صفتها كذا فلا
يجوز ابدال التي سلمها او لا يعتمد بان يقول الزمت اركابك على دابة صفتها كذا فيجوز الابدال وهذا
ما اجاب في المرشد ويترتب على الوجهين ما اذا افلس المكتري بعد تسليم الدابة فهل يقدم المكتري
بمنفعتها والاصح التقديم وهو المذهب في التهذيب ولو اراد المكري ان يعتاض عن حقه في
اجارة الذمة قال الرافعي ان قلنا ان تسليم الدابة لم يجز لانه اعتياض عن مسلم فيه وان كان
بعد التسليم جاز لانه اعتياض والحالة هذه واقع في عوض معين وفي التتمة هل يجوز ان ينقل فيه

وهو العين المعقود

المسعفه الى عن بعض الاجاره ام لا يبنى ذلك على ان تسليم الاجير في المجلس هل هو شرط ام لا فان
اعتبرناه لم يجز والا جاز فلو لم [illegible] قاذر اه فيما لو استاجر عن مال قال ــــ وان هرب
المكري اكترى عليه لانه حق يدخله النيابه تحصله الحاكم للمستحق كمن اسلم في طعام الى اجل فهرب
المسلم اليه عند حلوله فان الحاكم يستوفي لصاحب الحق حقه من ماله والا فان امكن من مال المكري
ان امكن والا فيما يعرض عليه من بيت المال او من المستاجر او من غيره ولا يجوز في هذه الصوره
ان يعوض القاضي الامر في الاداء الى المكتري كما نص عليه البويطي لان حرجه على استيفاحه يعقد من
النظر للغائب وهذا النص شبيه بما حكيناه عن العراقيين في باب الرهن انهم لا يجوزوا ان يكون
المرتهن وكيلا في بيع الرهن في غيبه الراهن لهذا المعنى قال ــــ وان تعذر ذلك ثبت للمكتري الخيار بين
ان يفسخ وبين ان يصبر الى ان يجد لانه تاخر حقه فثبت له الخيار كالمسلم في شيء تعذر واد امتنع المعرض
الكلام عليه لو قال الاجره لا ينه دين وبالاعراض يخرد مثله فرع اذا كانت الاجاره على الحج الذمه والحج
الاجير في السنه الاولى فهل يفسخ الاجاره ام لا قال الاصحاب لو اطلق العقد كان محمولا على السنه الاولى
منزلا منزله تعيينها ولو عين واخر الحج عنها هل ينفسخ الاجاره فيه طريقان حكاهما الامام والظاهر
انه على قولين في المسلم فيه اذا انقطع واصحهما عدم الانفساخ والطريق الثاني القطع به فعلى
هذا ان كان الاستيجار من المغصوب ثبت له الخيار ولذا ان كان المستاجر الميت وقد تطوع بالاجره
من ماله فله الخيار وان كان الاستيجار للميت بماله فالذي صار اليه العراقيون انه لا خيار للمحصل
الحج فلا اسماع باستردادها وتوقعها لانا وهما ولم كان الورثه يستقبل بالاجره الى من هو
احرى بالتحصيل وايضا فانهم اذا استردوا عجزوا من ابدالها بعدها واورد البغوي وغيره ان على
الوارث مراعاه النظر للميت فان كانت المصلحه في فسخ العقد لخوف افلاس الاجير او هربه فلم
يفعل ضمن قال الرافعي وهذا هو الاظهر ويجوز ان يحمل المنسوب الى العراقيين على احد امرين احدهما
لا ائمه احدهما [illegible] بعضهم المنع فيما اذا كان الميت قد اوصى بان يحج عنه انسان بمائه مثلا وقد جهه
كان الوصيه مستحقه الصرف الى المعين الثاني حكى الحناطي ان ابا اسحاق ذكر في الشرح ان للمستاجر
للميت ان يرفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد ان كانت المصلحه تقتضيه وان لم يستقل به
واذا نزل ما ذكروه على التاويل الاول لم يبق خلاف وان نزل على الثاني كان اقرب فرع
ذكر الامام في باب الاجاره على الحج اذا قال الرهن [illegible] منك ان يحصل الحجه بنفسك قال
الصيدلاني الاجاره صحيحه ومقتضاه ان يحج هو الحاج ولا يستنيب غيره مناب نفسه وهذه

العص

الصوره من قسم اجاره الذمه وهو ذلك عظيم فانه ربط الشيء بمعين حتى لا يقع
عن مقامه مع اعتقاد العاقد ذلك الدين فيما يتعلق والاجاره على الذمه قسم
من اقسام السلم والسلم في معين معينه باطل [illegible] مما ذكره الصيدلاني
في العقد وان لم يحج معناه ما صار اليه القاضي الحسين فيما اذا قال استاجرتك
لكذا او تفعل كذا ان هذه اجاره ذمه لا اجاره عين وان لم [illegible] استاجرتك عينك
او نفسك لكذا او لتعمل كذا فالاظهر ان هذه اجاره عين قال ــــ
وان دفع اليه ثوبا فقطعه قميصا فقال صاحب الثوب امرتك ان تقطعه قباء فعليك
الارش وقال الخياط بل امرتني بقميص فعليك الاجره كان الكلام [illegible] ظاهر المذهب انهما
في صفة العقد مع اتفاقهما على اصله فقيل ان يتحالفا كالمتبايعين لا نقلنا منهما مدعيا
ومدعى عليه فالخياط يدعي الاجره ونفي الضمان ورب الثوب يدعي الضمان وينكر الاجره ولانه
لو اختلفا والثوب صحيح فقال رب الثوب استاجرتك لتقطعه قميصا وقال الخياط بل استاجرتني
لاقطعه قباء تحالفا عليه ولا يختلف قول الشافعي فيه واذا ثبت ذلك وجب اذا اختلفا
بعد قطع الثوب ان يتحالفا عليه لان ما اوجب التحالف مع بقائه اوجب التحالف مع
تغير احواله هذا قال الماوردي ومراد الشيخ بظاهر المذهب ما ظاهر نصه في الجامع الكبير
كما نسب [illegible] مع نصه في الاملاء على التحالف فيما اذا سود الصباغ ثوب انسان وقال هكذا
امرتني وقال مالك الثوب امرتك بصبغه احمر وعد روى القاضي ابو الطيب ان الشافعي
قال في الاملاء في العراقيين بلغني ان ابن ابي ليلى يقول ان القول قول الخياط وابو حنيفة
القول قول رب الثوب وهذا اصح القولين وغير القاضي يرويه اشبه القولين فان
المزني نقل هذه المسئله الى المختصر وهاهنا اخبر ذكر هذين القولين قال
قال الشافعي وكلاهما مدخول لان الخياط يدعي الاجره وينفي الغرم ورب الثوب
ينفي الاجره ويدعي الضمان فلا اقبل قولهما وارجعهما الى اصل القياس على السنه يتحالف كل
واحد منهما لصاحبه وان الثوب على صاحبه ولا اجره للخياط ولا ضمان عليه فاختلف
الاصحاب من اجل هذه الروايات في المسئله على خمس طرق احدها ان المسئله على قول
واحد وهو ما ذكره الشيخ وما قاله في الجامع فهو حكايه مذهب الغير وتوليهما
قوله بعد حكايه [illegible] و كلاهما مدخول وهذه الطريقه قال ابو علي الطبري في الافصاح

وصاحب المهذب والشيخ ابو حامد ومتاخري الاصحاب كما قال الماوردي بعد ان
صححها وحكى في البحران القاضي الطبري قال انما نقل ذلك صاحب الافصاح من الجامع
الصغير وليس ذلك مذهب الشافعي وانما ذلك حكاية عنه الطريق الثاني ان
المسئلة على قولين احدهما ما ذكره والثاني ان القول قول المالك لا عتراضه على مذهب
ابن ابي ليلى وقوله ان مذهب ابي حنيفة اشبه ووجهه انهما لو اختلفا في اصل الاذن كان
القول قوله فكذا في صفته كما قلنا فيما اذا اختلفا في صفة الاذن في الوكالة ان القول قول
الموكل ونظائر ذلك ولان الخياط معترف بانه احدث نقصا في الثوب ومدعي انه ماذون
له فيه والاصل عدمه وهذا ما اختاره المزني وصححه الامام ونقله الروياني وقال ان قول
المالك اصح لان الاختلاف واقع في الاذن لا في الاجرة والغرم فكان القول قول الاذن
والطريق الثالث ان المسئلة على قولين احدهما ان القول قول الخياط لانهما اتفقا على الاذن في القطع
والظاهر انه لا يتجاوز الماذون ولان المالك يدعي عليه الغرم والاصل عدمه وهذا العلة فارق
هذه المسئلة مسئلة الوكالة وقد ذكرت الفرق بينهما في باب الوكالة والثاني ان القول قول المالك
لما ذكرناه وما استدل به من كونهما اتفقا على القطع ماذون فيه يبطل بما اذا دفع اليه ثوبا وقال هو
وديعة فقال الآخر هبة فالقول قول الدافع مع اتفاقهما على القبض وما ذكر من ان الظاهر
انه لا يخالفه الاذن لا يصح مع تجويز الخطا والنسيان مع ان العرف انما يستعمل في اطلاق المجهول لا
في التنازع دليله ان العطار والزراع لو اختلفا في ثمن ما له العطر او الزرع لم يرجح قول احدهما
وما ذكر من ان المستاجر يدعي عليه الغرم والاصل عدمه يبطل بما لو اختلفا في اصل الاذن
وهذه الطريقة طريقة ابن سريج وابي اسحق وابن ابي هريرة والقاضي ابي حامد كما حكاه الماوردي
وصار المهذب الا لم يرون كما قال الرافعي وصححها سعد الروياني واحتج القائلون بها بان قولي
الشافعي فانه قال لاحدهما هو اشبه القولين وفي البحران القاضي ابا حامد قال القول قول
رب الثوب قولا واحدا ولم يحك قولا ثانيا في المسئلة والطريق الرابع ان المسئلة على ثلثة اقوال
ظاهر المذهب ان القول قول المالك والثاني القول قول الخياط وهذه الطريقة معزية
الى الشيخ الحوسي الى القفال وقد حكاها القاضي ابو الطيب والسمعاني والشيخ في المهذب
عن بعض اصحابه وقال الماوردي لعلها طريقة ابي الطيب بن سلمة وابي حفص بن الوكيل والطريق
الخامس حكاها ابو الفرج السرخسي اما المذهب ابن سريج انه اجرى بينهما عقد وليس

الا التحالف فسائر الاختلافات في صفة المعاوضات وان لم يجر فالخياط لا يدعي الاجرة وانما
النزاع في الارش ففيه القولان المذكوران في الطريق الثالثة المصحح ان قلنا بظاهر
المذهب وهو التحالف فلا شي فيشبه ما لو تلف في البيع والمالك هنا في رتبة البائع ثم وجهه
تعرضنا بانه مذكور في الباب في ... ولا يستحق الخياط الاجرة لان التحالف يوجب
رفع العقد فيصير كانه لا عقد وحينئذ فلا اجرة لان العمل غير ماذون فيه نعم هذا ان
كان الخيط من نفس الثوب لم ينزع وان كان من الخياط فله نزعه وان بذل رب الثوب
قيمته لم يلزمه القبول ولو قال انا اشد خيطي في طرف خيطك حتى اذا جررت خيطك
دخل خيطي مكانه لم يلزمه ذلك ايضا وهذا التكلم في كل موضع قلنا لا يستحق الاجرة فان
قيل هل يلزمه اي الخياط ارش النقص فيه قولان اي منصوصان في الاملا احدهما يلزمه لانهما
اذا تحالفا فكان لا عقد وهو لم يتعاقدا وقطع لزمه ارش النقص فكذلك هنا والثاني
انه لا يلزمه لانه نفى بيمينه ما ادعى عليه من العدوان فوجب ان يعمل موجبها كما يعمل موجب
اليمين في الاجرة ايضا فانه لو لم يحلف لكان لا يلزمه الا ارش النقص فلا بد وان يكون ليمينه فائدة
وهذا ما رواه المزني في الجامع الصغير وهو الاصح وبه جزم الماوردي احدهما ما بين قيمته صحيحا ومقطو
قميصا لانه اثبت بيمينه انه لم ياذن في هذا القطع وقد اختاره ابو اسحق وصححه الامام والثاني
ما بين قيمته مقطوعا قباء ومقطوعا قميصا فيقال لو قيمته الثوب صحيحا كان ذا فصل عشرون وقيل لو
قيمته مقطوعا قميصا كان ذا فصل ثلاثة عشر لزمه درهمان فلو خرجت القيمتان متساويتان فلا شيء عليه
ووجه هذا ان اصل القطع ماذون فيه وانما تعدى بالزيادة قال الامام وهذا ان الخلاف محلها اذا جرى
ابتدا القطع على حسب الاذن ثم ترتب عليه قطع خالف الاذن اما اذا كان القطع المعنى بالجميع على
وجه لا يصرف شيء منه على جنس القطع الماذون فيه فيجب القطع بايجاب تمام النقصان وحكى الشيخ
ابو محمد هذين القولين وجهين وبناهما على اصلين احدهما القولان فيما اذا اشترى رجل ارضا
حنطة فزرعها ارزا فيلزمه علم الشرع المثل نظرا الى ابتداء الفعل عدوانا ويلزمه تفاوت
ما بين الزرعين والاصل الثاني الخلاف في ان الوكيل اذا باع بالغبن الفاحش يغرم هل يغرم جميع
قيمة العين او يحط عنه ما يتغابن بمثله لانه كالماذون فيه ولم ينص الامام على القول الاخير والقول
الثالث ارما يصلح من الثوب للقميص لا يلزمه ضمانه وما لا يصلح له ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا
وهذا ما حكاه ابن ابي هريرة واخرجه الروياني في البحر في القول الثاني ثم اذا قلنا انه يغرم تفاوت

ما من القطعين فهل يستحق الأجرة للقدر الذي يصلح للقباء من القطع فيه وجهان عن ابن ابي هريرة احدهما نعم وبه اجاب في التهذيب وضعفه ابن الصباغ لانه لم يقطعه للقباء وقلنا ان القول قول الخياط فلا بد من اليمين وفي كيفيتها وجهان عن ابي اسحق احدهما وهو ما حكاه ابن الصباغ والامام انه يحلف ما اذن له في قطعه قميصا والثاني وهو قول ابي حامد وهو الذي صححه الرافعي انه يحلف انه ما اذن في قطعه قميصا اذا حلف فلا ارش عليه وهل يستحق الاجرة فيه وجهان احدهما وهو قول ابن ابي هريرة وطائفة والاصح في تعليق البندنيجي والبحر نعم عملا بتصديقه فعلى هذا اي اجرة يستحق فيه وجهان في الحاوي وغيره احدهما الاجرة التي ادعاها عملا بما ذكرناه قال الامام وهذا الذي صح به البندنيجي وهو بعض ما ذكره الصيدلاني وغيره والثاني اجرة المثل وهو الذي اورده القاضي ابو الطيب والقاضي الحسين والبندنيجي وفي الذخائر ان هذا اذا كان ما ادعى به المسمى اما اذا كان المسمى اقل فلا يجب سواه وهو مستنبط من كلام الامام وعلى هذا القول على الخياط تسليم الثوب مخيطا لان الخيوط ان كانت لرب الثوب فهو احق بها وان كانت للخياط فقد تابعة للعمل والاظهر في الرافعي وبه قال ابو اسحق وابو علي الطبري انه لا يستحق الاجرة لانه في الاجرة مدعي فيقبل القول قول المنكر وفائدة اليمين دفع الغرم عن نفسه فعلى هذا الخياط اخذ الخيط ان كان ملكه وهو مستقل به فان قال الامام وعليه ضمان ما نقص من الثوب ما خلفه كما اذا صبغ ثوب الغير بصبغ من عنده ثم نزعه فعلى هذا له ان يعرض اليمين على المالك فان حلف انتهت الخصومة وان نكل فوجهان احدهما يثبت له الاجرة بالقول مع اليمين السابقة وبه قال القاضي الحسين والثاني لا بد من الحلف على ما حكاه نحل وان قلنا القول قول المالك مع يمينه في كيفيتها وجهان في الحاوي احدهما انه يحلف بالله ما امره بقطعه قميصا نفيا لما ادعاه الخياط ولا يحلف لاثبات ما ادعاه من اذنه في القطع قبا وهذا ما ابداه ابن الصباغ احتمالا لنفسه والثاني انه يحلف على النفي والاثبات فيقول والله ما امرته بقطعه قميصا ولقد امرته بقطعه قباء قال وهذا اصح لان ذلك انما يجب عند التحالف واذا حلف قال ابن الصباغ وجب الغرم على الخياط وجها واحدا والفرق بين الغرم والاجرة الواجبة بيمين الخياط ان الاجرة انما يجب له بثبوت الاذن في قطعه فيما ذلك بثبت بيمينه وفي مسئلتنا الغرم وجب بالقطع وانما يثبت باليمين عدم الاذن ثم في قدر الغرم الاقوال السابقة وحكى ابو الفرج السرخسي فيه وجهين كما في وجوب الاجرة والخلاف في ان اخلاف المتعاقدين في الاجرة او في

المده

المدة او في قدر المنفعة بان قال المكري اكريتكها الى خمسة فراسخ فقال الى عشرة او في قدر المستاجر بان قال اكريتك هذا البيت من هذه الدار فقال بل جميع الدار يوجب التحالف كما في البيع واذا تحالفا فسخ العقد وعلى المستاجر اجرة المثل لما استوفاه **فرع** لو قال للخياط ان كان يكفيني هذا الثوب قباء فاقطعه فقطعه فلم يكفه ضمن الارش لان الاذن مشروط بشيء ولم يوجد ولو قال هل يكفيني قباء فقال نعم فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن لان الاذن مطلق **فرع** لو ادعى الخياط لرب الثوب ثوبه فقال هذا ثوبك فقال بل غيره قال البندنيجي القول قول الاجير وهذا الحكم في كل الاجراء اذا حلف هذا غرم قيمته لرب المال وهو لا يدعيه فيسقط حكمه واكره قطعه وينقلب الغنب ليبيته قال الحموي قيل هو فارسي معرب وقيل عربي مشتق من القبو وهو الضم والجمع والتخفيف الباب مرنوع يتعلق به يجوز الاستئجار لحفر الابار فيقدر اما بالمدة بان يقول لتحفر شهرا او بالعمل بان يقول الطول والعرض والعمق ويعين الموضع واذا وقع ذلك وجب على الاجير اخراج التراب المحفور وان انهار شيء من جوانب البئر طولب باخراجه واذا انتهى الى موضع صلب او حجارة نظران كان يعمل فيه المعول وجب حفره على اظهر الوجهين وبه قال القاضي ابو الطيب والماوردي وقال ابن الصباغ انه خلاف ما اقتضاه المشاهدة فيخير له فسخ العقد وان لم يعمل فيه المعول او نبع الماء قبل ان ينتهي الى الحد المشروط وتعذر الحفر انفسخ العقد في الباقي ولا ينفسخ فيما مضى على اصح الوجهين فيوزع الاجر المسماة على ما عمل وما بقي واذا استاجر لحفر قبر وجب بيان طوله وعمقه وموضعه واذا وضع الميت في القبر لا يجب على الاجير رد التراب عليه ولو استاجر لضرب لبن قدر بالزمان او العمل فاذا قيد به بين العدد والقالب فان كان القالب معروفا فذاك والا بين طوله وعرضه وسمكه وعن القاضي ابي الطيب الا انه يشاهد القالب ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه لاختلاف الغرض في الماء والعمل ولا يجب عليه بعد الضرب اقامته حتى يجف ولو استاجر لطبخ اللبن وطبخه لم يجب عليه اخراجه من الاتون ولو استاجر للدعوى وجب بيان المدة حبس الخصم ثم يحود على قطع معين ولحوق الذمة وحقها فاظهر الوجهين في المطلب انه يجب بيان العدد والماوردي انه اجاب ابن الصباغ والقاضي الروياني انه لا يجب ويحمل على ما جرت العادة برعاه الواحد قال الروياني

وهو ما به راس من الغنم على المعروف قال ابن الصباغ لا يلزمه رعيها ولا ردها وان ورد
العقد على اعيانها وان كان على الذمة فوجهان واذا استاجر الوراق للكتابة جاز ويلزمه
من يحضر الحبر وفيه ثلاث طرق اشبهها ان الرجوع فيه الى العادة فان اضطربت وجب البيان والا
فيبطل واشهرها القطع بانه لا يجب على الوراق لان الاعيان لا تستحق بالاجارة والثالث
انه على الخلاف في ان اللبن في الاستئجار للحضانة مقصود ام لا فان اوجبناه على الوراق
فهو كاللبن في حق الرضاع لا يجب تقديره ولو صرح باشتراطه عليه كان كالوصرح بالرضاع
والحضانة وان لم نوجبه عليه ولم يشترط عليه فسد العقد ان لم يكن معلوما وان كان معلوما
ففيه طريقان احدهما القطع بالصحة لان المقصود الكتابة والحبر تبع والثاني انه شرا واستئجار
واذا استاجر للخياطة والصباغة وتلقيح النخل والكحال فالقول في الخيط والصبغ وطلع
النخل والكحل كما ذكرناه في الحبر وقال في البحر ان الكحل اذا شرط ان يكون على الكحال بطل
العقد وجها واحدا وفرق الامام وغيره من الخيط والصبغ والحبر وقطعا بان الخيط لا يجب على
الخياط وعلى ذلك جرى الغزالي واورد في الحبر والصبغ الثاني والثالث من الطرق الثلاثة التي
اوردناها ولو استاجر للخروج الى بلد السلطان للتظلم للمستاجر وعرض حاله في المظالم وسعى
في امره عند من يحتاج اليه صح العقد بالمدة وان كان في ذلك نوع جهالة فلو استاجره يوما للخصام
عند غرمائه ولو بدا للمستاجر فله ان يستعمله فيما هو مثل ذلك وان استاجره للخبز وجب بيان
الاقراص وغلظها ورقتها وانه يخبز في تنور او فرن والات الخبز على الاجير ان كانت الاجارة في
الذمة والا فعلى المستاجر وليس على الاجير الا تسليمه نفسه والقول فيمن عليه الحطب كما في الحبر
والورق واذا اكترى دابة ليركبها ويحمل عليها دراهم او ثيابا وحمل عليها واحدا في السفر
فاراد المكتري ان يعلق عليها مخلاة او سفرة امامه او قدام القتب او من خلفه او ان يردفه
رديفا كان للمستاجر منعه واذا استاجر من يحب له شيئا على ما هو الناس فيه حطبا
قال العبادي عليه تعريضا للكحل ولذلك لو امر ان يحسب العزيمة شبهه بالمثلة او بالعمش
ولو اكترى دابة ليحمل عليها حطبا ويرجع الى داره يوما الى الليل فيما في عوده وعطب
ضمن لانه استاجرها للحمل لا للركوب وقيل لا يضمن للعرف ولو اكترى دابة شهرا للعصر عليها
للصوف وتشييع الموتى قال في البحر لا يجوز ولذلك لو استاجر شيئا في اول النهار ليردها بالعشي
لم يجز لانه مجهول وفيه وجه انه يجوز ويرده بعد الزوال قال العاصمي الحيري واذا اكترى

دابة ليركبها الى موضع كذا ويشتري الحنطة هناك ويحملها عليها الى بلد العقد لم يجز لان شري الحنطة
قد لا يتفق في الحال وربما تراخى الى يوم او يومين فيجهل المدة وفي الرافعي انه اذا اكترى دابة الى
بلد ليعود منها راكبا فله ان يجاوز ذلك البلد لانه يستحق ان يقطع قدر تلك المسافة
ذهابا وايابا ام اورد في هذه الاجارة مدة معلومة في المقصد فذاك والا فان لم يجز في مثل
المسافر من يمكث فيها في الاياب وان زاد حسبت الزيادة عليه والذي ذكر الامام وان
العادة ان كانت تمام انتهى الى ذلك البلد لا يرجع على فورها بل يقيم ثم يصبح فاذا ما لا يحسب
عليه وقت المقيم من المدة وان كانت العادة بان يقلب على فوره فان اقام على خلاف المعهود حسب
ذلك عليه من مدة اقامته ولو اضطربت العادة فالا صح حمل مطلق العقد على الانقلاب على البدار
ومن اصحابنا من زعم انه متى لم يبين بطل العقد فلو خرج بالدابة في وقت الامن ثم حدث خوف
في الطريق فان سار معه وصار عيب الدابة ضمن وان مكث في ذلك المكان احتياطا للدابة قال الامام
كان في حكم المودع المؤتمن بتلك المدة يعني لا يحسب عليه وان استاجر في الطريق خوف ثم رجع وزال
الخوف ثم قعدت المدة فلا ضمان عليه لان الخوف في العقد جرى مع العلم بالخوف ولم يفسخ قال
العبادي يلزمه اجرة المدة ولو دفع غزلا الى نساج واستاجره لينسجه ثوبا طوله عشر في عرض معلوم
فجاء بالثوب وطوله احد عشر لا يستحق شيئا من الاجرة قال المتولي لانه في اخر الطاقة الاولى من
الغزل صار مخالفا لامره فاذا بلغ طوله عشرا كان من حقه ان يقطعها ليعود الى الموضع الذي بدا منه
واذا لم يفعل ووقع ذلك فما بعده في غير الموضع المامور وان جاء به طوله تسعة فان طول السدا
عشر استحق من الاجرة قدره لانه لو اراد ان ينسج عشرا لتمكن منه وان كان طوله تسعة لم يستحق
شيئا لمخالفته في الطاقة الاولى ولو كان الغزل المدفوع اليه مسدا او استاجره كما ذكرناه ووقع
الامر الجهة بالحاكة فجاء به الطول من العرض المشروط لم يستحق للزيادة شيئا وان جاء به
انقص من العرض المشروط استحق بقدره من الاجرة وان وقع في الطول وخالف في العرض قال
كان انقص نظر ان كان لمخالفته القدر المشروط من الصفاقة لم يستحق شيئا من الاجرة
لانه مفرط بمخالفته امره وان راعى المشروط من الصفاقة في صفة الثوب من رقة
وصفاقة فله الاجرة لان الخلل والحالة هذه من السدا وان كان اردا فان اخل
بالصفاقة لم يستحق شيئا والا استحق الاجرة بتمامها لانه زاد خيرا الى ما قال المتولي
هذا النوع كله والله اعلم بالصواب

باب الجعالة

الجعالة بكسر الجيم عن الجوهري وبفتحها عن الازهري والجعل بضم الجيم ما يجعل للانسان على عمل يحصله والاصل فيه قبل الاجماع من الكتاب قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وكان حمل البعير عندهم معلوما كالوسق وشرع من قبلنا اذا لم يرد في شرعنا ما يخالفه كان شرعا لنا ومن السنة ما روى ابو داود عن ابي سعيد الخدري ان رهطا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انطلقوا في سفرة سافروها فنزلوا بحي من احياء العرب فاستضافوهم فابوا ان يضيفوهم قال فلدغ سيد ذلك الحي فشفوا له بكل شي لا ينفعه شي فقال بعضهم لو اتيتم هولاء الرهط الذين نزلوا بكم لعل ان يكون عند بعضهم شي ينفع صاحبكم فقال بعضهم ان سيدنا لدغ فهل عند احد منكم شي يعني رقية فقال رجل من القوم اي لا ارقي ولكن استضفناكم فابيتم ان تضيفونا ما انا براق حتى تجعلوا لي جعلا فجعلوا له قطيعا من الشاء فاتاه فقرا عليه بام الكتاب ويتفل حتى برا كانما انشط من عقال فقالوا اقسموا فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى اتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فنستامره فغدوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من اين علمتم انها رقية احسنتم واضربوا لي معكم بسهم واخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه بنحوه ولان الحاجة قد تدعوا الى ذلك في رد ضالة واباق ونحوه كالمضاربة

قال وهو ان يجعل اي المطلق التصرف لمن يعمل له عملا اي يجوز الاجر في مقابلته على الجملة عوضا معلوما من بنا حايطا او رد لي ابقا فله كذا فاذا عمل له ذلك اي من سمع ذلك منه او من غيره كما ذكره القاضي الحسين استحق الجعل لما ذكرناه مع قوله عليه السلام المومنون عند شروطهم ثم ان كان الجعل في الذمة فقد استقر وان كان معينا وجب تسليمه فلو تلف قبل تسليمه بطرا او تلف قبل المطالبة كان فيما يرجع به قولان احدهما قيمته والثاني اجرة المثل بناء على انه مضمون ضمان يد او ضمان عقد والقولان في الصداق قال الامام عند الكلام في مسئلة الصلح ووجه المشابهة ان النفقة في الجعالة ثابتة بعد تسليم العمل على وجه يستحيل تداركها كما ان التسليم بعد الوطي حكمه الله ثم وان كان بعد العمل وامتنع من اقباضه متعديا فان قلنا انه مضمون بالعقد فقد قال القاضي الحسين تلفه بعد الامتناع بمثابة اتلاف الجاعل بنفسه فيكون بمثابة ما لو اتلف البايع المبيع قبل القبض وفيه قولان اما اذا عمل من لم يسمع قول المالك ومن يقوم مقامه فيما لو عمل قبل الاذن وانه لا يستحق فمن رد ابقا اذا رده من لم يسمع قطعا

في

في حصول اجرة سيهات احدها مسئلة السبح بينا الحايط تدل على ان الجعالة تجوز حيث تجوز الاجارة كما اذا قال من رد عبدي الابق من البصرة او خاط لي هذا الثوب ونحو ذلك ومثله برد الابق يدل على جوازها بما لا تجوز الاجارة فيه للجهالة وعلى المثال الاول ينطبق ما حكاه المزني عن الشافعي في المنثور انه قال لو قال اول من يحج عني فله دينار فحج عنه انسان استحق الدينار لكن المزني قال بعد ذلك وكان ينبغي ان يستحق اجرة المثل لانه اجارة فلا يصح بغير تعيين وهذا منه يدل على اختصاص الجعالة بالمجهول الذي لا يتقدر بحيث لا تجوز الاجارة عليه كالمضاربة والا لترتب على ما حكاه الشيخ ونسبوا المزني الى الغلط وقف ابو الغزالي في هذا الباب مذهب المزني احتمالا وحكاه الامام عن بعض الاصحاب وقال انه الاصح وقال في الوسيط في كتاب الحج نقوله بعد حكايته ما نقله المزني عن الشافعي وانما بعض الاصحاب الى ترديده بعلي هذا لو عمل العامل ما وقع العقد عليه من بنا وخياطة وحج ونحو ذلك استحق اجرة المثل لوجود الاذن وفيه وجه انه يفسد لانه ليس موجها لحق معين الو قال ذلك حل من اراد بيع داري فانه لا يصح التوكيل كما في قول الشيخ وهو ان يجعل لمن يعمل له عملا الاجر فيه ان امضا لو قال من رد عبد فلان الابق فله كذا فرده انسان لا يستحق عليه المسمى وهو يدل له قال الملك لم يصح له ما يصح كالاجارة ويدل انه لا يجوز الاجر بهذا القول وصح بعد على الابق فكيف يستحق الاجر ولم ار هذا منقولا بل المحروم في الرافعي والحاوي انه يستحق عليه لالتزامه وليس ذلك كما اذا التزم في بيع عمرو الثواب على بيعه عمن ولانه عوض لملك فلا يتصور رجوعه به على غيره حصل له الملك والعمل ليس عوض مليك وهذا راجع الى ان العوض في هذا الجاعل مضمون ضمان يد وقد ذكرنا على قول انه مضمون ضمان عقد فيتاتى فيه ما فيهم من كلام الشيخ ويقوم مقام قول المالك من رد عبدي فله كذا اذا كان القايل ممن يعتمد على قوله ويستحق على الاذن العامل دون القايل ولو قال ذلك بغير اذن فلا جعل على واحد منهما ولو قال من لا يعتمد على قوله ويقوم مقام قوله من رد عبدي فله كذا قوله ان رده انسان او ان رددته فلك كذا او رده ولك كذا اذا المالك قول الشيخ فاذا عمل له ذلك استحق عليه الجعل يعرفك ان القبول باللفظ لا يعتبر وهو كذلك فيما صور الشيخ اتفاقا وكذا لو كان الخطاب مع معين

بان قال ان رددت عبدي فلك كذا على المذهب ويلحق الاثنان بالعمل وقال الامام في هذه
الحالة لا يمتنع ان يخرج على الخلاف في اشتراط القبول في الوكالة ولا يمتنع مع ما ذكرناه الفرق
من جهة ان الوكالة لا تحتمل فابهام الوكيل المستعمل والجعالة محتملة فانه لو قال اذنت
لكل من اراد في بيع عبدي هذا لم يصح التوكيل ولو قال من رد عبدي صح وذكر مجلي ما ابداه الامام
وجها في اعتبار القبول وحكاه الامام في باب المسابقة عن الاصحاب فرع لو قال من رد
عبدي الآبق من البصرة في الشهر فله كذا قال القاضي في المجرد لا يجوز لانه ربما لا يجد ذلك العبد
وعلى ذلك جرى المتولي قال ويجوز ان يعقد على عمل مجهول اي لا يمكن ضبطه كرد الآبق
والضال ونحو الابق والجبر ولان الجعالة اذا احتملت في القراض توصلا الى تحصيل الارباح
من غير اضطرار فلان تحتمل في الجعالة اولى ولذلك تحتمل جهالة العامل وتعدده لان العمل
الواحد قد لا يتمكن من تحصيل المقصود ومن يتمكن منه قد لا يكون حاضرا وان كان حاضرا فقد
لا يعرفه المالك فاذا اطلق الاشتراط وشاع ذلك بلغ من يتمكن منه فادى الى تحصيل الغرض
فاقتضت مصلحة العقد احتماله ولذا يجوز جهالة المردود بان يقول من رد احد عبدي الآبقين
فله كذا واذا رد احدهما استحق وان كان اقل قيمة كما صرح به القاضي اما العمل المجهول
الذي يسهل ضبطه فلا بد فيه من الضبط فاذا قال من بنى لي حائطا فلا بد من ذكر موضع
البناء وطول الحائط وسمكه وارتفاعه وما يبنى به وكذا اذا قال من خاط لي ثوبا فلا بد من
وصفه ووصف الخياطة قال ولا يجوز الا بعوض معلوم لان هذا العقد جوز
لحاجة ولا حاجة الى احتمال الجهالة في العوض واشتراطه لا يكاد يرغب احد في العمل اذا لم يعلم
بالجعل فلا يحصل مقصود العقد فان ابن الصباغ كانه متوقف ربما يكون العمل موجب تكونه
معلوما بخلاف العمل فانه لا يكون الا ربما فان شرط جعلا مجهولا بان قال من رد آبقي فله ثوب
او دابة فان رددته فعلي ان اعطيك او ان ارضيك فرده استحق اجرة المثل وكذا لو جعل الجعل
خمرا او خنزيرا ولو جعل الجعل سلب العبد او ثيابه قال المتولي ان كان ذلك معلوما او وصفه
فانه يستحق المراد المشروط والا فله اجرة المثل قلت وما اطلقه في حالة
الوصف جواب على ان استقصاء الاوصاف على وجه يفيد الاحاطة بجميع المقاصد يقوم مقام
الرؤية وفيه خلاف في البيع فان منعناه كان كالاجرة الغائبة ولو جعل نصف العبد او ربعه
فجواب في التتمة الصحة ونقل الامام عن السرخسي المنع قال الرافعي وهو قريب من استئجار المرضعة

لجز

بجزء من الرضيع بعد الفطام فلعله ليس كذلك فان الاجرة اذا كانت معينة ملكت بالعقد
فاذا جعلت جزءا من الرضيع بعد الفطام اقتضى عدم الملك في الحال او حصوله مؤجلا وانه
مخالف لوضع العقد ولذلك الثاني فان الاعيان المعينة لا تقبل التأجيل وهاهنا المالك
انما يحصل بعد تمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا يحتمل بيع في مشترك فلا وجه
الا الصحة اذا كان موضع العبد معروفا والعبد مرئيا وان لم يكن موضعه معروفا فيظهر
ان يكون موضع الخلاف وتظهر فائدته اذا اعتبرنا في هذا العقد الجهالة او جهالة الرد كما
ذكرناه فيما لو تعذر النقل ولو جعل الجعل ثوبا مغصوبا فقد ابدى الامام فيه احتمالين
احدهما الخروج على القولين فيما اذا جعل المغصوب صداقا حتى يرجع في قول الى قيمة ما
سماه الجعل وهو اجرة المثل وفي قول الى قيمة المسمى والثاني القطع باجرة المثل
لان العوض ركن في هذه المعاملة بخلاف الصداق قال
ويجوز لهما الفسخ قبل العمل لانها تشبه الوصية من حيث انه التزام اسعاف
بشرط والرجوع عن الوصية جائز قبل الموت ووجه الامام بان انها عقد على عمل غير معلوم
وما كان كذلك فشبهه على اللزوم بعيد كالقراض بخلاف المساقاة والاجارة فان
المقصود منها مضبوط وهذا ظاهر فيما اذا كان الجعل مجهولا اما اذا كان معلوما
كبناء حائط وخياطة ثوب فلا فرع اذا رجع الجاعل مع علم المجعول له ثم عمل لا
يستحق شيئا ولو رجع ولم يعلم به العامل الا بعد العمل فسيأتي حكمه قال
واما بعد الشروع في العمل فيجوز للعامل الرجوع اي ولا يستحق لما عمل شيئا لانه اسقط
حق نفسه ولا فرق بين ان يكون قد قطع بعض المسافة او عمل بعض العمل ودفع مسلما
كما اذا شرط الجعل في مقابلة تعليم القرآن لصغير حر فعلمه بعضه او عبد مسلم ثم لو سقط
الجعل في مقابلة التعليم اذ ربما مات الصبي قبل تمام التعليم استحق اجرة المثل وكذا لو جعل
على خياطة ثوب فخاط بعضه ثم تلف في يد المالك او في مقابلة بناء حائط فبنى بعضه ثم تعذر
اتمامه كما قال القاضي ابو الطيب ولو تلف الثوب قبل ان يصل الى المالك لم يستحق شيئا
كما صرح به ابن الصباغ وغيره ولو جعل الجعل في مقابلة رد عبدين فرد احدهما استحق نصف المسمى
صرح به ابن الصباغ وكذا قال الامام في باب الخلع فيما اذا جعل جعلا في مقابلة رد ثلاثة اعبد
فرد واحدا انه يستحق ولم يتعرض لقدرته على رد الباقي والعجز عنه وظاهر كلامه يقتضي الاستحقاق

وان لم تعد فانه جعل ذلك اصلا لاستحقاق الزوج الحصة فيما اذا قالت طلقني ثلاثا على الف
فطلق واحدة ولو كان شرط استحقاقه الحصة العجز عن رد الباقي لم يحسن جعله اصلا لمسئلة
الطلاق ولا خلاف في انه اذا هرب العبد في اثناء الطريق وتعذر حضوره الى دار مالكه قبل التسليم
الى السيد او من يقوم مقامه انه لا يستحق شيئا من الجعل لانه لم يحصل المقصود فان قيل لو
استاجر للحج عنه فمات الاجير بعد ما فعل بعض الحج استحق بقدر ما عمل في راي وان لم يحصل شيئا
من المقصود فالجواب عنه كما ذكره الاصحاب من ثلاثة اوجه احدها ان القصد في الحج الثواب وقد حصل للمستاجر
ما فعله الاجير ثوابا وههنا شرطه الرد ولم يرد الباقي وبه اجاب البغوي ابو حامد ان الحج عقد
لازم بخلاف الجعالة الثالث قاله ابن الصباغ ان العمل في الحج يقع مسلما لانه لا يمكن تسليمه
فلهذا وجب بعض الاجرة قالوا استاجره يخيط ثوبا فخاطه في ملكه وفي مسئلتنا التسليم برد الابق
فاذا لم يرده لم يستحق شيئا قالوا استاجره ليقصر ثوبا فقصر بعضه وتلف قبل تسليمه ضعف
الاول بان القصد بالحج اسقاط الفرض ولم يحصل منه شيء والثاني انه ينتقض بالاجارة على خياطة
ثوب وانه اذا خاط بعضه وتلف قبل التسليم لا يستحق شيئا من الاجرة مع ان العقد لازم قلت
وما قاله ينتقض ايضا بما حكاه من ان الجعل لو كان في مقابلة تعليم صغير شيئا من القران فعلمه
بعضه ثم فسخ العقد لا يستحق شيئا من الجعل مع انه وقع مسلما فرع اذا مات العامل بعد
رد الابق في بعض الطريق فان رده وارثه الى يد مالكه استحق من الجعل المعين بقسط عمل مورثه
لان عمله لم يفت ولا يستحق الوارث غيره وان لم يرده الوارث فالصحيح انه لا شيء بسبب عمل الميت
وقال بعض اصحابنا يستحق الوارث من الجعل المسمى بقدر ما عمله الميت لان تتمة العمل لم يفت
باحسان بخلاف الجاعل اذا رد قال الماوردي وهذا ليس بصحيح فان العبد لو مات لم يستحق العامل شيئا
قال [illegible] ولا يجوز لصاحب الجعل المعدان يعين للعامل اجرة ما عمل هذا لفظ القاضي الحسين
وليس لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه اجرته كالو فسخ المضاربة بعد الشروع
في العمل ولفظ القاضي ابي الطيب في تعليقه ولذلك السيد يحتمل ان لا يحتمل الا ان يدفع الاجرة
المثل في مقابلة ما عمله وكانهما ارادا بالدفع ما قاله الاول وهو كما في قوله تعالى حتى يعطوا الجزية
فان المراد بالاعطا الالتزام لا نفس الدفع وفي تعليق القاضي حسين حكاية وجه انه لا يستحق
شيئا لان عقد الجعالة جائز وانما يلزم الجعل فيه بعد الفراغ وفي الوسيط في كتاب السبق
والرمي وجه انه لا يفسد فسخه اذا كان ما نقص عمل العامل من المسمى يزيد على اجرة المثل وجه

ان الجاعل لو اضاف الى ما شرط الجعل في مقابلته عملا اخر لا يجاب اليه وفي وجه يجاب
ويثبت للعامل الخيار فان فسخ استحق اجرة المثل بخلاف ما لو فسخ بلا سبب ولا فرق على
المذهب بين ان يقع ما صدر من العامل بقطع بعض المسافة في الطلب او على بعض العمل في الخياطة
والنقل كما صرح به ابن الصباغ وغيره قال الرافعي وهل ينفسخ الجعالة بالموت ينبغي
بالموت ولا شيء للعامل مما عمل بعد موت المالك ولو قطع بعض المسافة ثم مات المالك فرده
الى ورثته استحق من المسمى بقدر ما عمل في حياته كذا ذكره ابو الفرج السرخسي وهو موافق لما
حكيناه من قبل عن الحاوي لكن قد يرى في هذه المسئلة انه يستحق تمام المسمى فرع لو فسخ المالك
العقد في غيبة العامل بعد الشروع في العمل ثم لم يعلم المجعول له به حتى تمم العمل قال المتولي
فلك يبنى على القولين في عزل الوكيل قبل العلم وقال الامام لا يبعد تخريجه على ذلك والظاهر
ان الجعالة تنفسخ في مسئلتنا فان مقتضاها الجواز وقبول الجعالة وفي الحاوي انه اذا قال من جاء
بعبدي فله دينار ثم رجع فعليه اعلان الرجوع كما على اعلان العقد فان اسر ولم يعلن كان
الناس على حكم الاذن فمن جاء به فله الدينار وان علمه فلا شيء لمن جاء به بعد الاعلان سواء علم برجوعه
او لم يعلم اذا كان قد شرع في المجيء بعد الرجوع لان اعلام كل الناس برجوعه متعذر فلزمه الرجوع
الى من الاعلان والاشاعة ولو كان الجائي به شرع في حمله فله الدينار ما لم يعلم بالرجوع فاما
اذا قال لزيد ان جئتني بعبدي فلك دينار ثم رجع السيد فعليه اعلام زيد برجوعه ما لم يشرع
في حمله فان لم يفعل فهو على حقه سواء اعلن بالرجوع ام لا لان اعلام زيد بالرجوع غير متعذر فلو
شرع زيد في حمله ثم اعلمه بالرجوع استحق زيد بقدر ما عمل قال [illegible] وان اشترك
جماعة في العمل اشتركوا في الجعل لا شتراكهم في سبب الاستحقاق ويقسم الجعل بينهم بالسوية
وان تفاوتوا في الاجرة لان العمل في اصله مجهول فلا يمكن رعاية مقداره في القسط قال
الامام وليس يبعد من قياس المذهب التوزيع على قدر اجور امثالهم كما ان الاجرة انما توزع
عليهم بعد تمام العمل واذا لم يقدر بضبط ما صدر من هذا منهم فرع لو قال لواحد
ان رددت عبدي فلك دينار فرده غيره معه نظر ان قصد مساعدة العامل استحق العامل
تمام الدينار والا فالذي يستحقه النصف ولو رده عن لم يستحق الا اذا كان عبده كما
ذكره القاضي الحسين وقال الرافعي اذا رده عن مالكه فيجب ان يخرج على ان الوكيل هل يوكل ولو
قال لواحد ان رددت عبدي فلك دينار ولاخر ان رددته فلك [illegible] ان رددته فلك ثلثه [illegible]
فلك لا ساران

لن

فرد ووا استحق كل منهم ثلث ما شرط له لو رده جملة هذا نص عليه الشافعي قال المسعودي
وهذا اذا عمل كل واحد منهم لنفسه اما اذا قال احدهم اعنت صاحبي وعملت له فلا شي له وكل
منهما نصف ما شرط له ولو قال اعنت عليه لصاحبي فلا شي لهما وله جميع ما شرط له قال
ومن عمل لغيره شيا من دلالة من غير شرط لم يستحق عليه الاجرة اي سوا كان ممن جرت عادته بفعل ذلك
باجرة ام لا لانه بذل المنفعة بغير عوض ولم يستحقه وهذا اذا عمله بغير اذن او لم يسمع الاذن ولو عمل
بعد ضمانا للعبد الابق بوضع يده عليه قال الامام وفيه الوجهان المذكوران في اخذ المال من
الغاصب على قصد الرد الى المالك والصحيح منهما على ما حكاه الرافعي في كتاب اللقطة الضمان
اما اذا اذن له في العمل ولم يذكر له جعلا فهو على الخلاف الاتي في مسئلة الغسال صرح به الماوردي
وغيره قال [redacted] وان قال العامل شرطت لي عوضا فالقول قول المجعول له لان الاصل عدم الشرط
وبراءة الذمة وكذا لو اختلفا ان الجعل المشروط في رد هذا العبد او غيره او ان عاد العبد بنفسه
او برد العامل فان القول قول المالك ولو اختلفا هل سمع الراد النداء ام لا فالقول قول
الراد قال الماوردي لان عمله ما ليس يرجع فيه الا عن قال [redacted] وان اختلفا في قدره
تحالفا لانهما اختلفا في قدر العوض المستحق فتحالفا كما لو اختلفا في الاجرة في الاجارة ووجب
اجر المثل قال [redacted] وان امر غسالا بغسل ثوب ولم يسم له شيئا فغسله لم يستحق الاجرة
لان اقصى ما فيه بذل المنافع ان يكون لا اعاضه ولو سلم الى حمار وقال اطعمني هذا الحمار فاطعمه لم
يجب عليه شي فالاجرة من طريق الاولى ولانه لو قال اسكني دارك شهرا فاسكنه لم
يستحق عليه اجرة وكذلك اذا قال اغسل ثوبي فغسله وهذا ما نسبه الاكثرون
الى ابن سريج وقال الامام انه المنصوص وعليه عامة الاصحاب وقيل يستحق اجرة المثل
لانه بذل النفع صار مستهلكا لعمله في ملكه فصار كالغاصب وهذا قول المزني على ما حكاه الماوردي
وقال القاضي ابو الطيب انه نقله عن الجامع الكبير والامام حكاه عن بعض الاصحاب وقال انه المذهب
اختاره [illegible] وقال ابو اسحاق المروزي ان كان بسؤال الغسال مبتديا
فقال اغسل ثوبي هذا فله الاجرة وان كان الغسال الطالب مبتديا مر به فقال اعطني ثوبك لاغسله
فلا اجرة والثاني [illegible] وقال ابن سريج فيما حكاه الماوردي والرافعي في المهذب وصاحب التهذيب ان
كان الغسال معروفا بان يغسل باجرة فله الاجرة والا فلا وهذا ما اجاب به الغزالي في العارية
ونسبه الى المزني وذلك لان المالك [illegible] الاول مذهب الشافعي وما علاه فاستدنا ذلك
الطعام

الطعام ورافع الدار وحيث لم يمنع العرف من ان يحسب سبيلا او شيئا او حمرها ما لمعاوضه او
غير معروف وهذا ايلاء الامام في كتاب العارية لنفسه وجها خامسا وهو ان يقال اذا لم يكن
معروفا متطوعا به فان كان مسئله لا نطلب على مثل هذا عوضا فلا عوض والاصح وان هذا
ناظرا اختلاف المذهب في الهبة المطلقة واقتضائها الثواب ثم سائر اما اذا اسمى له شيئا فان
كان معلوما استحقه وان كان مجهولا استحق اجرة المثل وجها واحدا وهكذا اذا قال اغسله
وانا ارضيك قاله القاضي الحسين والماوردي وغيره والوجوه الاربعة تجري في القصار والخياط
والحلاق والدلال والحمام ولو نزل سفينة ملاح من غير اذنه حمله فيها الى بلد فله اجرة المثل لان الراكب
صار مستهلكا المنفعة بموضع من السفينة على مالكها بغير الاجرة وهذا الوجه [illegible]
بغلبة الاجرة وان امر من سافر ما بغير طلب فعليه ثمنه ولو نزل السفينة بالاذن او الحمام بالاذن
او اخذ الماء بطلب فعلى الخلاف قاله الماوردي في الحرم ما يستحق الاجرة عند برد السفينة
وكان يتجهان يقال ان سير الراكب السفينة فالحكم كما ذكرنا وان سيرها غيره فلو الوضع
المتاع مالكه فسير بها ربه فانه لا اجرة على صاحب المتاع ولا ضمان كما صرح به القاضي
الحسين والرافعي في الاجارة وقد قال الامام في دخول الحمام [illegible]
اجر المثل فانه من ذوات الامثال وان اجرة الحمام واجبة لانه اتلفها والسلف عليه قيمة
ما اتلف وان جرى الاتلاف يستهلك من المالك وان كان كذلك فالظاهر والعرف جار بالزام
الاجرة وهما قلنا العادة تطرد بحق نسبة الحمام ان الظاهر وجوب الاجرة للخياط والقصار فالثوب
امانة في يده والاناء في يد الحمامي [illegible] في مقابلة ما داهنه وحمال
[illegible] في مقابلة الماء والحمامي متطوع بحفظ الثياب [illegible] السطل والطهر بهما [illegible]
الحمام والسطل والازار وحفظ الثياب واما الماء فانه غير مضبوط حتى يقابل بعوض وعلى
هذا فالسطل امانة والحمامي اجير مشترك في الثياب وعبارة صاحب التهذيب على الوجه
الثاني ان الماخوذ ثمن الماء واجرة للحمام والسطل وعلى هذا الحصل فيه ثلثة اوجه
[illegible] امانة في يده الى ان يرده لو دفع البذر
الذي [illegible] فهو مقصود مضمون [illegible] علف الدابة في مدة الرد
يجوز ان يقول على ما ذكر في مكري الجمال اذا هرب ما لها [illegible] عنه ويجوز ان يقال ذلك
امر اقتضته الضرورة وهذا انتهى اليه علمنا [illegible] فلله الحمد على [illegible]

223

...هذا بالعادة كذا ذكره الرافعي وقال انه لم يقف عليه منقولا ولفظ الحاوي انه اذا اتصل الحادي
بالقسم وعامله وشرابه [illegible] اذا قال من رد عبدي فله عشرة ثم قال من رد عبدي
[illegible] ولا اشتهار بالنداء الا ما صرح به الماوردي وغيره وقال في الوسيط اذا
[illegible] العامل الثاني يحتمل ان يقال يرجع الى اجر المثل وهذا اذا كان الثاني قبل الشروع
اما اذا كان بعد الشروع فالظاهر انه يرجع الى اجر المثل [illegible] النداء الاخير
فسخ الاول [illegible] الفسخ [illegible] يقتضي الرجوع الى اجر المثل [illegible] وهذا [illegible]
والله اعلم قال الرافعي في بعض التصانيف ان كان العمل مضبوطا مقدرا فهو اجارة
وان احتاج الى تردد او كان غير مضبوط فجعالة وهذا غير ما ذكره الامام في احكام الاجارة
اذا قال لغيره ان اخبرتني بخروج فلان من البلد فلك كذا فاخبره قال القفال في فتاويه ان كان
له غرض في خروجه استحق والا فلا وينبغي ان يكون صادقا قال الرافعي وينبغي ان يعتبر
ان يحصل بالاخبار تعب [illegible] قال ان رددت عبدي من البصرة فلك دينار والعامل بواسط
فرده كان له [illegible] العمل ولو قال من رد الي عبدي فله كذا فان كان في يد شخص حال
النداء فرده ما يستحق ان كان في رده كلفة ومؤنة كالعبد الآبق وان لم يكن كالدراهم والدنانير
لا يستحق ولو كان [illegible] قبل ان يدفعه الى سيده ثم دفعه استحق قال القاضي
ان سمع النداء [illegible] من اقرب المواضع استحق [illegible] وينبغي ان يفصل
[illegible] بعد سماع النداء [illegible] وجب له الجعل والا فلا
ولو قال [illegible] على مالي فله كذا فدله عليه من هو في يده لم يستحق لان ذلك واجب عليه بالشرع
[illegible] بخلاف الرد ويخالف ما لو كان في يد غيره فدله عليه لان الغالب
انه يلحقه مشقة في البحث عنه والله اعلم   الحمد لله وحده والصلاة على رسوله المصطفى
[illegible]   علقه لنفسه العبد الفقير المحتاج الى الله تعالى
[illegible] عبد الله بن محمد بن عمر الشافعي العراقي بعفو الله [illegible] وتوفاه على الاسلام
ودعا [illegible] سنة سبع [illegible] بالقاهرة المحروسة حرسها الله